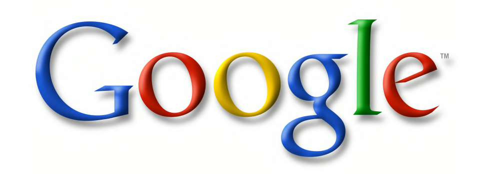


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

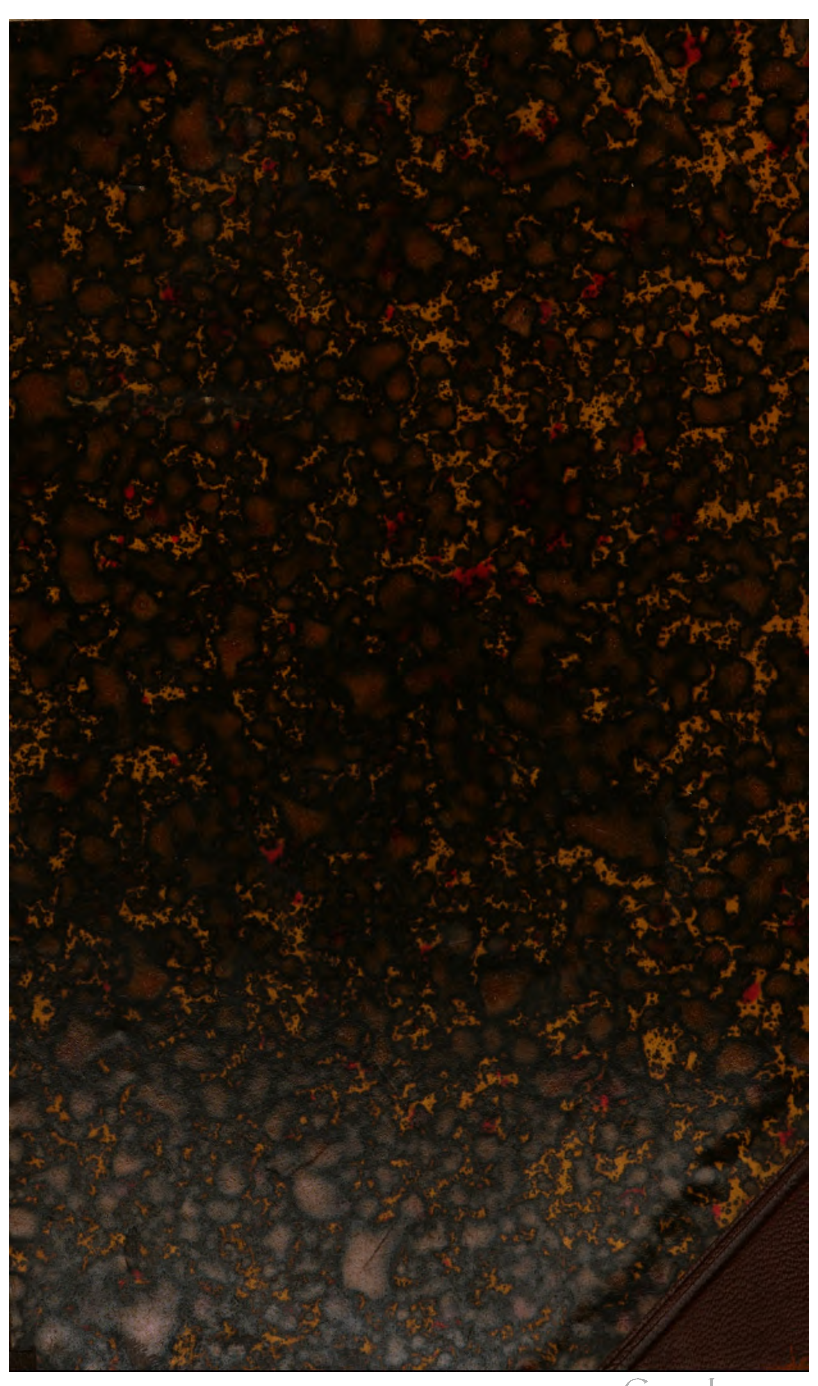
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/



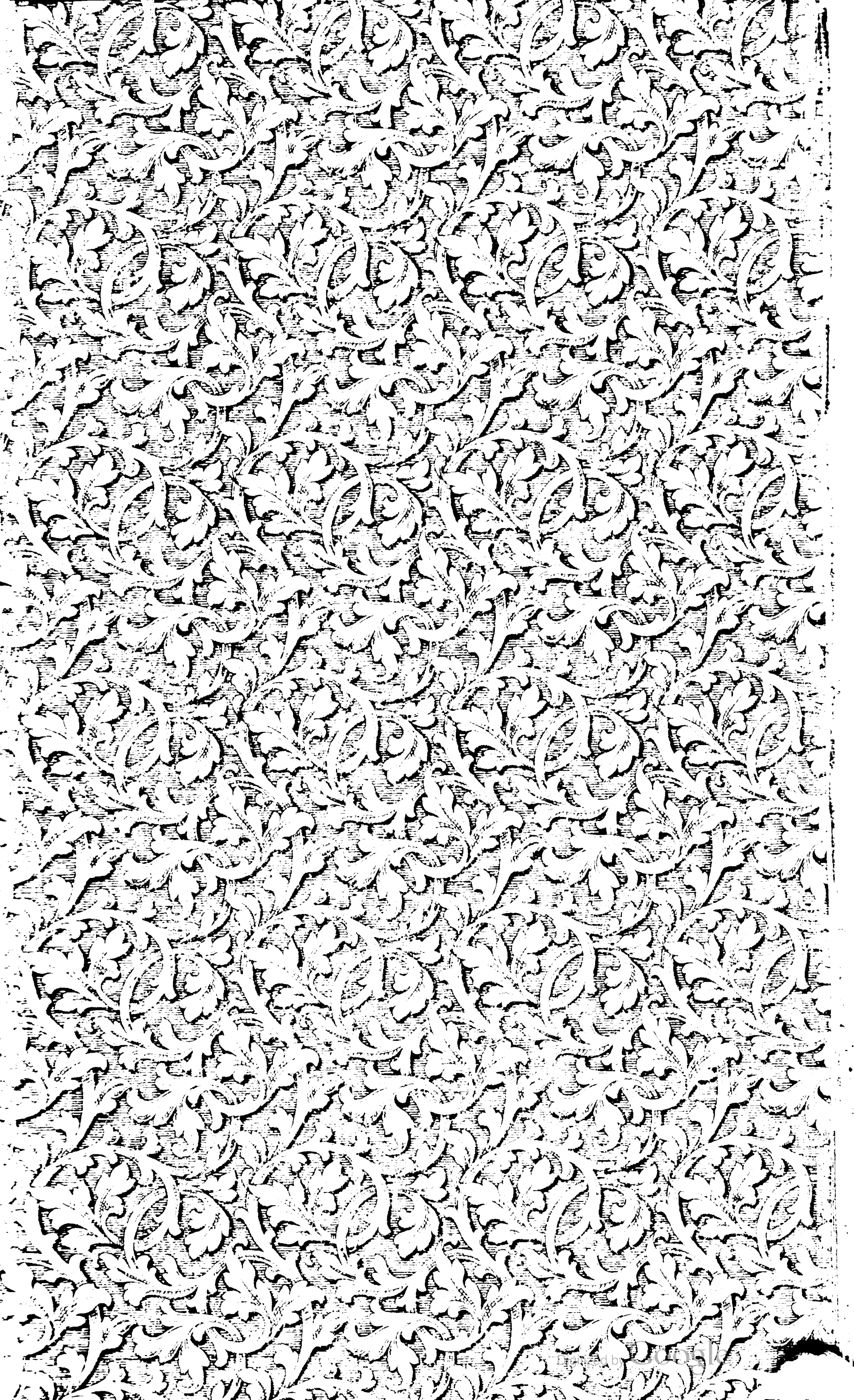
Digitized by Google



HARVARD LAW LIBRARY.

Received Jan. 9. 1904.

Digitized by Google



Digitized by Google

Beiträge

zur

Erläuterung des Preußischen Rechts

durch

Theorie und Praxis.

Unter Mitwirkung mehrerer praktischer Juristen herausgegeben

von

Dr. J. A. Gruchot,
Appellationsgerichts-Rath in Hamm.



Sechster Jahrgang.

Hamm.
G. Grote'sche Buchhandlung (C. Müller).
1862.

Digitized by Google

Rec. Jan. 9, 1904.

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniß des sechsten Jahrganges.

Abhandlungen.

(Erstes Heft.)

(Zweites Heft.)

(Drittes Heft.)

(Viertes Heft.)

Digitized by Google

Nr. Seite

Rechtsfälle.

(Erstes Heft.)

(Zweites Heft.)

(Drittes Heft.)

Digitized by Google

(Viertes Heft.)

Glossen

(Erstes und zweites Heft.)

(Drittes und viertes Heft.)

Literatur.

(Erstes Heft.)

Digitized by Google

(Drittes Heft.)

(Viertes Heft.)

Digitized by Google

Sachregister zum VI. Jahrgange.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Q.

R.

S.

T.

Digitized by Google

Digitized by Google

Abhandlungen.

Nr. 1.

Gilt die Vorschrift des § 290 Tit. 11. Thl. I. des Allgem. Landrechts auch in dem Falle des § 272 daselbst?

Gleichzeitig ein Beitrag zur Lehre von den Bedingungen.

Vom Gerichts-Assessor Dr. Albrecht Altmann in Berlin.

Die §§ 290 und 272 I. 11. A. L. R. bestimmen:

§ 290. „Wird der erste Kauf wegen eines sich findenden bessern Käufers rückgängig, so hat der erste Käufer, wenn ihm die Sache schon übergeben war, für die Zwischenzeit alle Rechte eines redlichen Besitzers."

§ 272. „Ist der Kauf unter der Bedingung geschlossen, daß derselbe erst alsdann, wenn sich binnen einer gewissen Zeit kein besserer Käufer findet, giltig sein solle, so ist die Abrede für eine aufschiebende Bedingung zu achten."

Die Frage ist also die, ob der erste Käufer auch dann, wenn der Vorbehalt eines besseren Käufers als Suspensivbedingung gefaßt und dem Käufer die Sache übergeben, der Kauf aber wegen Eintritts eines besseren Käufers nicht zur Wirklichkeit gelangt ist, für die Zwischenzeit alle Rechte eines redlichen Besitzers habe.[1])

Diese Frage ist meines Dafürhaltens unbedingt zu verneinen.[2])

---

1) Von vornherein sei bemerkt, daß die Rechte eines redlichen Besitzers dem ersten Käufer lediglich in Beziehung auf den Zustand der herauszugebenden Sache, also z. B. in Bezug auf die Erhaltungskosten, die Lasten, Deteriorationen, Auslieferungskosten u. s. w. zustehen können. Denn die §§ 189, 190, 192—194 I. 7. A. L. R. sind für den vorliegenden Fall durch die Vorschrift des § 292 I. 11. ebendas. außer Anwendung gesetzt. Dies hat bereits von Daniels in der Note 2 mitgetheilten Stelle seines Lehrbuchs treffend und bestimmt hervorgehoben.

2) In gleichem Sinne versteht auch Heydemann, Einleit. in das Syst. des Preuß. Civilrechts, 2. Liefer. Lpzg. 1860 S. 182 den § 290 I. 11. A. L. R., wie aus dessen Allegirung dieses Paragraphen an der Stelle, wo er von der auflösenden Bedingung handelt, hervorgeht. Bornemann dagegen in seinem Civilrecht, Bd. 3. 1. Aufl. § 211. 2. d. S. 90, 2. Aufl. § 179. 2. d. S. 49 bezieht jene Bestimmung auch auf den Vorbehalt des besseren Käufers in suspensiver Form, jedoch ohne nähere Begründung, wie aus der Anführung a. a. O. S. 86 der 1., S. 47 der 2. Aufl. sich ergiebt: „Für beide

Digitized by Google

Schon aus dem Wortlaute der beiden angeführten Vorschriften ergiebt sich, daß der § 290 a. a. O. für den Fall Bestimmung trifft, wo der Kauf wegen eines sich findenden besseren Käufers rückgängig wird, während der § 272 von einem Kaufe spricht, der erst für den Fall des Eintritts einer gewissen Bedingung („wenn sich kein besserer Käufer findet") giltig sein soll. Während also die letztere Bestimmung von einem künftigen Kaufe, einem Kaufe handelt, der erst nach einem bestimmten Ereignisse und in Folge eines solchen seine Rechtsbeständigkeit erlangen soll: setzt der § 290 voraus, daß der Kauf bereits abgeschlossen ist und daß derselbe nur wegen des Eintritts eines besseren Käufers rückgängig wird.

Ein solcher, von Anfang an giltiger und perfekter Kauf liegt aber vor, wenn der Vorbehalt eines besseren Käufers dem Kaufvertrage als Resolutivbedingung beigefügt worden ist, dieser Vorbehalt also nach § 273 a. a. O. die Fassung erhalten hat: „der Verkäufer behalte sich den Rücktritt vor, wenn binnen einer gewissen Zeit ein besserer Käufer sich melden würde." [3]) Und zwar wird diese oder wenigstens eine völlig

Fälle gilt Folgendes." Gleicher Ansicht ist Koch im Recht der Forderungen, Bd. 3 § 379 zu V., 1. Aufl. S. 907 f., 2. Aufl. S. 1103 f. Nähere Gründe fehlen auch hier. In seinem Privatrecht dagegen, Bd. 2 § 724 zu IV. 3. Aufl. S. 523 ist Koch jedenfalls ungenau, wenn er sagt: „Wird das Recht ausgeübt, so geschieht die Auseinandersetzung des ersten Käufers mit dem Verkäufer wegen Früchte und Zinsen ꝛc. nach den allgemeinen Grundsätzen." Denn aus diesen allgemeinen Grundsätzen folgt noch nicht das dem ersten Käufer im § 292 a. a. O. verliehene Wahlrecht. Entschieden irrig aber bemerkt Koch in seinem Kommentar zum Allgem. Landrecht, Anm. 3 zu I. 11. § 290. (Bd. 1. 3. Aufl. S. 716): „Die Auflösung wird nicht als Rückkauf behandelt [vgl. hierüber Note 13], der erste Kauf ist vielmehr als unter einer **aufschiebenden** Bedingung geschlossen anzusehen und der Verkäufer ist, wenn die Uebergabe anticipirt worden ist, dennoch Eigenthümer geblieben." — v. Daniels in seinem Lehrbuche des Preuß. Privatrechts Bd. 3 S. 181 f. (1851) scheint das Richtige zu meinen, wenn er unter Allegirung der §§ 290—293 I. 11. A. L. R. sagt: „Der erste Käufer hat, wenn durch den Vorbehalt sein Verhältniß rückgängig wird, für die Zeit des vertragsmäßigen Besitzes der Sache die Wahl zwischen dem Fruchtgenusse und dem Genusse der Zinsen des Kaufpreises. In Beziehung auf den Zustand der herauszugebenden Sache genießt er die Rechte eines redlichen Besitzers." Die Gesetzesrevisoren endlich (Pens. XIV. S. 50 f.) berühren unsere Frage nicht; sie finden an den betreffenden Vorschriften des A. L. R. überhaupt, den § 280 a. a. O. ausgenommen, nichts zu erinnern.

3) Die in den §§ 273 und 272 I. 11. A. L. R. enthaltene Begriffsbestimmung lehnt sich bekanntlich vollständig an Ulpian's l. 2. pr. D. de in diem addict. (18, 2) an. Es heißt daselbst: ... nam si quidem hoc actum est, ut

Digitized by Google

dasselbe sagende Ausdrucksweise in unserem Landrechte überall festgehalten, wo es sich um ein unter einer Resolutivbedingung eingegangenes Geschäft handelt. So heißt es im § 114 und 163 I. 4. A. L. R.: „durch den Eintritt der Bedingung solle die Wirkung der Willenserklärung, das Recht aus derselben wieder aufhören;“ in den §§ 115 und 118 ebendas.: der Berechtigte „verliere sein Recht mit dem Augenblicke,“ er „verliere es von der Zeit an,“ wo die Bedingung zur Wirklichkeit gelangt; in § 739 I. 18 A. L. R.: Wird ein von Anfang an nur bedingungsweise geschlossener Kauf durch den Eintritt der auflösenden Bedingung wieder rückgängig;“ im § 331 I. 11 a. a. O.: hat der Käufer oder Verkäufer sich das Recht, ... vom Kaufe wiederum „abzugehen,“ vorbehalten.[4])

Ist dagegen die Bedingung nur als suspensive beigefügt, so soll nach § 101 I. 4. A. L. R. „erst“ durch den Eintritt der Bedingung „die Erwerbung des Rechts vollendet werden,“ oder nach § 163 ebendas. „das Recht entstehen;“ es soll nach den §§ 258, 333 und unserem § 272 I. 11. A. L. R. der Kauf „nicht eher zur Wirklichkeit gelangen, als,“ oder, er soll „seine volle Wirksamkeit erst von dem Zeitpunkte erlangen,“ „erst alsdann giltig sein,“

---

meliore allata conditione discedatur, erit pura emtio, quae sub conditione resolvitur; sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio, si melior conditio offeratur, erit emtio conditionalis. Hierbei mag bemerkt werden, daß bestimmte, überall gleichmäßig wiederkehrende Kunstausdrücke für die Begriffe: Suspensivbedingung und Resolutivbedingung, Ausdrücke also, die es sofort auch äußerlich erkennbar machen, ob von der einen oder anderen Art der Bedingung die Rede sei, in den Römischen Rechtsquellen sich nicht vorfinden. Savigny, System des heut. Röm. Rechts, Bd. 3 S. 149. Wohl aber finden sich festgehaltene, oft wiederkehrende Bezeichnungen für die eine oder andere Art der Bedingung. So namentlich für die Suspensivbedingung der Ausdruck: negotium, quod sub conditione contrahitur oder schlechthin, wie in der obigen Stelle, conditionale; für die Resolutivbedingung: negotium, quod sub conditione resolvitur, wofür ebenfalls die obige Stelle einen Belag giebt. Vgl. überhaupt die Nachweisungen bei W. Sell, Ueber bedingte Traditionen. Zürich 1839 S. 4 f., 183, 185 f., Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, Bd. 1. § 20. Note 21 2. Aufl. (Lpzg. 1860 und 1861) S. 168 und Savigny a. a. O. S. 154 Note 1. Mitunter wird wohl auch die auflösende Bedingung nur mit conditio bezeichnet. l. 2 C. de pact. inter emtor. (4, 54). In der Regel ist jedoch unter diesem Ausdrucke schlechthin die Suspensivbedingung zu verstehen. Savigny a. a. O. S. 149 und Sell a. a. O. S. 4 Note 1 S. 186 Anm. 2.

4) Vergl. A. L. R. I. 11. §§ 262. 263 und Heydemann a. a. O. S. 182.

Digitized by Google

wenn die Bedingung eintritt;[5]) es muß endlich nach § 102 I. 4 A. L. R. der unter einer aufschiebenden Bedingung Berechtigte die Wirklichkeit des Ereignisses abwarten, „ehe er das Recht ausüben kann.“[6])

Diesen allgemeinen Grundsätzen ist es daher auch gemäß, daß eine von einer aufschiebenden Bedingung abhängige Forderung auf das, was ohne Bedingung zu bezahlen ist, nicht kompensirt werden kann, daß dagegen die Kompensation statthaft ist, wenn die Gegenforderung unter einer auflösenden Bedingung zusteht.[7])

Mit einem Worte der Berechtigte wird bei einem unter einer auflösenden Bedingung eingegangenen Rechtsgeschäfte während des Schwebens der Bedingung als unbedingt Berechtigter behandelt; er wird, wenn ihm auf Grund eines geeigneten Titels die Sache übergeben ist, Eigenthümer derselben, wenn anders sein Autor Eigenthümer war, und kann alle dem Eigenthümer zustehenden Befugnisse ausüben.[8]) Es ist daher

---

5) Vergl. A. L. R. I. 14. § 205; I. 12. § 478.

6) Heydemann a. a. O. S. 181 f. Vgl. Striethorst's Archiv für Rechtsfälle Bd. 35 S. 306 f. zu c.

7) A. L. R. I. 16. §§ 347. 348. Vgl. A. G. O. I. 50. §§ 555. 556 und Koch, Recht der Forderungen, Bd. 2. § 165 Nr. 3. Für das R. R. vgl. Dernburg, die Kompensation 1854 S. 429 f.

8) A. L. R. I. 4. §§ 114. 115; I. 11 §§ 261. 298. 299, vgl. mit § 131 I. 7. eod. Vgl. Koch a. a. O. Bd. 2 § 94 II. 1., 1. Aufl. S. 231, 2. Aufl. S. 258 f. Es muß daher auch regelmäßig der Besitztitel für den Käufer berichtigt werden. Reskr. vom 23. März 1838 in von Kamptz Jahrb. Bd. 51 S. 171 und in Graeff's Samml. B. 12 S. 56 f. Vgl. auch den § 7 I. 10. A. L. R. und den § 28 Absatz 1 der Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 (Gesetz-Sammlung S. 521). — Ueber die Dispositionsfähigkeit dessen, welcher eine Sache unter einer Resolutivbedingung an sich gebracht hat, und über die Frage, inwieweit der, welcher eine Sache unter einer Resolutivbedingung gekauft, in der Zwischenzeit bis zum Eintritt der Resolutivbedingung über die Substanz der Sache verfügen kann, verbreiten sich die überaus zutreffenden Entscheidungsgründe des Erkenntnisses der Königl. General-Kommission für die Kurmark vom 11. Dezember 1840 im Centralblatt für Preuß. Juristen von 1843 Spalte 52—57, insbesondere Sp. 54 ff. Ueber die Anwendung des § 122 I. 4. A. L. R. auf den Fall, wenn ein ganzes Vermögen unter einer auflösenden Bedingung übertragen ist, vgl. den von J. A. Gruchot mitgetheilten beachtenswerthen Rechtsfall in der (Arnsberger) Jurist. Monatsschrift für Preuß. Recht und dessen Praxis von 1855 (erster und einziger Jahrgang) S. 407—410. — Für das Röm. Recht vgl. l. 2. § 1. l. 4. §§ 3. 4. D. de in diem addict. (18, 2); l. 11 § 10 D. quod vi aut clam (43, 24); l. 2 § 4 D. pro emtore (41, 4); Ulpiani fragmenta (Ausgabe von Böcking) tit. 19. § 7.; l. 31 pr. D. de acquir. rer. dom. (41, 1). Die l. 38 § 2 D. ad leg. Falcid. (35, 2):

Digitized by Google

auch durchaus nichts Widersinniges, wenn ein dergestalt Berechtigter als redlicher Besitzer angesehen wird, wie dies im § 290 I. 11 A. L. R. geschieht.[9])

Cuius (servi) ususfructus alienus est, in dominio proprietarii connumeratur: pignori dati, in debitoris: sub lege commissoria distracti, item ad diem addicti, in venditoris,

macht keine Schwierigkeit, da die in diem addictio, ebenso wie die lex commissoria, auch in die Form einer Suspensivbedingung eingekleidet werden kann. — Wird die Uebergabe nicht geleistet, so kann der Käufer auf dieselbe klagen. Lauterbach, Colleg. Pandectar. lib. XVIII. tit. 2. No. VII. edit. VItae ai 1784. tom. I. p. 1021. Vgl. im Allgemeinen Sell a. a. O. S. 181 ff. 188. Note 1. S. 192—198; W. Müller, Civilistische Abhandlungen, Gießen 1833 S. 261. 268—270; Zimmern, Ueber Resolutivbedingungen, im Arch. für civil. Praxis, Bd. 5 (1830) S. 242; Puchta, Vorlesungen, Bd. 1. § 61. a. E.; Sintenis a. a. O. Bd. 1. § 20 bei Note 29 2. Aufl. S. 169.

9) Zumal die Strenge des Röm. Rechts gegen den redlichen Dritten ganz weggefallen ist, namentlich auch der redliche Besitzer durch Ersatz der Verwendungen abgegolten werden muß, wenn der Verkäufer seine Sache zurück haben will, sei es, daß der Letztere mit der rei vindicatio oder der Publiciana in rem actio sein Recht geltend macht. Koch, Lehrb. des Preuß. gemeinen Privatrechts, Bd. 1. 3. Aufl. § 239 und § 240 zu III. Im R. R. dagegen stand nur hinsichtlich der Hauptsache dem Verkäufer die dingliche Klage zu (Puchta, Pand. § 142 Note b.; Vangerow, Pand. Bd. 1 § 96, 3. Aufl. S. 124 Anm. zu 3b., 6. Aufl. S. 174), während hinsichtlich der sonstigen Leistungen des Verklagten der Verkäufer die Kontraktsklage, die actio venditi, hatte. l. 6 pr. D. de in diem addict. (18, 2): „refundere debere," vgl. mit Müller a. a. O. S. 296; fragmenta Vat. (Ausgabe von Bethmann-Hollweg) § 14; l. 4 § 4; l. 16 D. de in diem addict.; l. 4 pr. und l. 5 D. de lege commiss. (18, 3); l. 11 § 10 D. quod vi aut clam (43, 24); l. 50 D. de jure fisci (49, 14). Vgl. auch l. 6 § 1 D. de contrah. emt. (18, 1). Die Römischen Juristen zweifelten zwar an der Zulässigkeit der actio venditi nach Eintritt der Resolutivbedingung, da ja der Kaufvertrag dann aufgelöst sei. Aber durch kaiserliche Konstitutionen wurden sie über diese Zweifel beruhigt. l. 4 pr. D. de lege commiss. Vgl. l. 16 D. de in diem addict. Thibaut, Civilistische Abhandlungen S. 373; derselbe im Arch. für civilist. Praxis, Bd. 16 S. 407; Vangerow a. a. O.; Müller a. a. O. S. 291—301 und S. 313. Vgl. auch Bernh. Windscheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung. Basel 1851. 4. S. 29 f. Die rei vindicatio resp. die Publiciana in rem actio waren hier deshalb nicht am Platze, weil, wenn man den Käufer als bonae fidei possessor behandeln wollte — und nur als solchen hätte man ihn betrachten können, da er ja keinerlei Schuld an der Auflösung des Vertrages trug, — daraus für beide Theile widernatürliche Nachtheile und Vortheile entstanden wären. Der Vindikant hätte dann namentlich wegen der konsumirten Früchte nichts verlangen können, während umgekehrt dem Verklagten nach Herausgabe der Sache wegen seiner

Digitized by Google

Bei der aufschiebenden Bedingung dagegen existirt, so lange die Bedingung schwebt, noch gar keine Obligation, weder quoad exercitium, noch quoad jus ipsum.[10]) Ist daher auf Grund eines unter einer solchen Bedingung geschlossenen Vertrages dem bedingt Berechtigten die Sache übergeben worden, so erlangt der Empfänger in keiner Weise das Eigenthum der Sache, dasselbe bleibt vielmehr bei dem früheren Eigenthümer.[11]) In diesem Sinne sagt denn auch der zweifellos von einem unter einer Suspensivbedingung eingegangenen Kaufe handelnde § 259 I. 11. A. L. R.:

> „Hat der Verkäufer dem Käufer die Sache schon vorher[12]) übergeben, so ist letzterer, wenn nicht ein Anderes verabredet worden, dennoch nur als Verwalter einer fremden Sache anzusehen."

Man kann und muß daher einem derartigen Käufer die Rechte eines Inhabers der Sache beilegen und wird ihm alle die Befugnisse zugestehen, welche aus der Pflicht folgen, die Sache zum Besten dessen zu erhalten, welchem das Eigenthum und der Besitz der Sache gebührt.[13])

---

nothwendigen oder nützlichen Verwendungen eine Klage abgesprochen worden wäre. Wollte man ihn umgekehrt als malae fidei possessor behandeln, so hätte er auch fructus percipiendos restituiren müssen und wegen seiner nützlichen Auslagen nichts zu fordern gehabt. Alle diese Uebelstände wurden durch die Kontraktsklage vermieden. Vgl. Thibaut, Civilist. Abhandlungen S. 372; derselbe im Archiv für civilist. Praxis Bd. 16 S. 406 f.; Vangerow a. a. O. Bd. 1. § 334 Anm. Nr. 1 3. Aufl. S. 586; Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, Bd. 2 Kap. II. § 9. zu Nr. 15, 2. Ausg. 1857. S. 253—257.

10) Bornemann a. a. O., Bd. 1, 1. Aufl. § 62 1a. S. 369, 2. Aufl. § 33 1a. S. 164 f.; Koch, Recht der Forderungen, Bd. 2 § 94 I. 1, 1. Aufl. S. 224 f., 2. Aufl. S. 252 f. Vgl. auch Entscheidungen, Bd. 43 S. 311.

11) Vgl. l. 38 § 1 D. de acquir. vel. amitt. poss. (41, 2) und Koch, Privatrecht Bd. 1 3. Aufl. § 119 Note 4 S. 251.

12) Auch diese Ausdrucksweise deutet darauf hin, daß bei einem suspensiv eingegangenen Kaufvertrage die Uebergabe vor Eintritt der Bedingung nicht zu geschehen pflegt, ganz ebenso wie im R. R. Vgl. Zimmern a. a. O. S. 247. Die fast gleiche Ausdrucksweise in § 290 a. a. O. „schon übergeben" beweist deshalb noch nicht, daß auch die letztere Bestimmung von der Suspensivbedingung zu verstehen sei.

13) Vgl. A. L. R. I. 7. §§ 1. 2. 137 mit J. Baron, Abhandlungen aus dem Preuß. Recht S. 18 ff. Vgl. ferner §§ 109 ff. I. 14. A. L. R. — Es bedarf daher auch nicht, sobald die Uebergabe beim Abschlusse des bedingten Rechtsgeschäfts oder pendente conditione erfolgt ist, einer Retradition der Sache an den Eigenthümer, wenn die Bedingung ausfällt (§ 144 I. 7. A. L. R.), wohl aber bedarf es einer solchen beim Eintritt der Resolutivbedingung § 262 I. 11. A. L. R. Das Letztere leugnet für den Fall der in diem addictio Koch in der Note 2 näher bezeichneten Stelle seines Kommentars, wenn er sagt: Die Auflösung wird nicht als Rückkauf behandelt.

Digitized by Google

Man würde sich aber mit all' den vorerwähnten Grundsätzen in Widerspruch setzen, wenn man einen solchen Käufer für die Zwischenzeit als redlichen Besitzer der Sache ansehen, oder, was dem gleich steht, behaupten wollte, er habe alle Rechte eines redlichen Besitzers. Dieser Vorwurf aber träfe die Redaktoren unseres Landrechts, wenn sie die Bestimmung des § 290 I. 11. A. L. R. auch in dem Falle für anwendbar erachtet hätten, wo die dem Kaufvertrage beigefügte Nebenabrede des besseren Käufers unter einer Suspensivbedingung eingegangen und die Uebergabe der Sache an den Käufer schon bei Eingehung des Kontrakts erfolgt ist.

Dem steht ferner zur Seite, daß nach § 263 I. 11. A. L. R. „eine beigefügte Bedingung im zweifelhaften Falle für auflösend geachtet werden soll, wenn der Verkäufer, ehe sie noch erfüllt ist, die Sache dem Käufer übergeben hat.“[14]) Diese Regel wird in der Lehre „vom Vorbehalt eines besseren Käufers“ nicht nur nochmals eingeschärft, sie wird sogar dahin erweitert, daß schon das ausdrückliche Versprechen der Uebergabe die Vermuthung begründen solle, jener Vorbehalt sei in Form einer auflösenden Bedingung eingegangen worden.[15])

Diese letztere Bestimmung fehlte noch im gedruckten Entwurfe.[16]) Aus ihrer nachträglichen Einschaltung in den Text des Allgm. Landrechts ergiebt sich, wie wesentlich dieselbe den Redaktoren desselben für die Nebenabrede des besseren Käufers schien.

Nach dem Wortlaute des § 290 a. a. O. aber ist nicht nur das Versprechen der Uebergabe, es ist die Uebergabe selbst erfolgt.

Der mögliche Einwand, daß nach § 259 a. a. O. eine derartige Uebergabe auch bei der Suspensivbedingung möglich sei und daß daher die besondere Erwähnung der Uebergabe in § 290 a. a. O. nicht hindere, diese Bestimmung auch auf die Suspensivbedingung zu beziehen, widerlegt sich hiernach von selbst. Es bedarf dazu nicht erst des Hinweises, daß die Vorschrift des § 259 a. a. O. nur da Platz greifen kann, wo aus anderweitigen Umständen, wie aus der ausdrücklichen Erklärung der Parteien, unzweifehaft erhellet, daß der Bedingung eine nur suspen-

14) Dieselbe Regel findet sich schon im gedruckten Entwurf Th. II. Abth. II. Tit. 8 § 268.

15) A. L. R. I. 11. § 274: „Ist der Sinn der im Vertrage gebrauchten Ausdrücke zweifelhaft, so streitet, wenn die Uebergabe ausdrücklich versprochen, oder wirklich geleistet worden, die Vermuthung für die auflösende, sonst aber für die aufschiebende Bedingung (§ 263).“

16) Vgl. den gedruckten Entwurf a. a. O. S. 275—289.

Digitized by Google

sive, keine resolutive Wirkung beigelegt.[17]) Womit sollten wohl aber derartige Umstände in unserem § 290 auch nur angedeutet sein?

Und so spricht denn nicht bloß die in den Anfangsworten des § 290 a. a. O. gebrauchte Ausdrucksweise,[18]) es spricht vor Allem und dies ist das Entscheidende, der gesammte Inhalt des Paragraphen unwiderleglich dafür, daß hier ausschließlich von dem unter einer Resolutivbedingung eingegangenen Vorbehalte des besseren Käufers die Rede ist.

Nächstdem aber möchte ich geltend machen, daß die in diem addictio mit resolutiver Wirkung den Interessen beider Theile

---

17) Vgl. Koch, Lehrbuch des Privatrechts, Bd. 1 § 119 Note 4, 3. Aufl. S. 251. Vgl. oben Note 12 und die unten folgende Anm. 20.

18) Diese Ausdrucksweise schließt sich, ich möchte fast sagen, mit einer gewissen Aengstlichkeit an die Worte des kurz vorhergehenden § 273 I. 11. A. L. R. an, wo es heißt: „Hat sich der Verkäufer den Rücktritt vorbehalten u. s. w." Die Wortfassung des § 290 a. a. O. wird aber ferner auch in dem kurz darauf nachfolgenden § 293 ebendas. festgehalten. Dort heißt es: „auf den Fall des rückgängig gewordenen Kaufs."

Daß ferner die Ausdrucksweise in den §§ 290 und 293 a. a. O. keine zufällige sei, ergiebt sich aus dem mit dem angeführten § 293 fast gleichlautenden § 288 Thl. II. Abth. II. Tit. VIII. des gedruckten Entwurfs, der dahin lautet:

> Doch steht den Parthenen frei, wegen der Verzinsung und Fruchtberechnung auf den Fall des wieder aufgehobenen Kaufs ein anderes unter sich zu verabreden.

So klar auch der Sinn dieser Bestimmung war, so zog man es doch vor, die Redeweise des vorhergehenden § 286 des Entwurfs — und dieser entspricht unserem § 290 I. 11. A. L. R. — beizubehalten und substituirte deshalb dem Ausdrucke des „wieder aufgehobenen" den anderweiten des „rückgängig gewordenen," wie der Text des § 293 I. 11. A. L. R. beweist. Dies zeigt, wie sorgsam die Redaktoren des Allgem. Landrechts gerade hier auch in der Wahl der einzelnen Worte zu Werke gingen.

Nicht ohne Interesse dürfte an dieser Stelle die Vergleichung der in den §§ 273. 290. 293. 261. I. 11. A. L. R. und der in dem § 739 I. 18. ebendas. gebrauchten Ausdrucksweise mit der in der lateinischen Ausgabe des A. L. R. vom Jahre 1800 gegebenen Uebersetzung sein. In § 273 a. a. O. heißt es: Quod si venditor recedendi jus sibi reservavit; in § 293: Integrum tamen est partibus, si a contractu recedant; in § 261 ebendaselbst: Si emtionis venditionis rescissio ... est pacta — daß dieser § 261 nur von der Resolutivbedingung handle, folgt schon aus der Allegirung desselben in § 266 ebendas.; — in § 290 a. a. O.: Si emtio prior rescinditur; in § 739 I. 18.: At contra, si emtio venditio, ab initio sub conditione perfecta, dissolvitur conditione resolutiva existente. Daß auch diese Uebersetzung mitunter für das Verständniß des Allgem. Landrechts einen nicht zu unterschätzenden Werth habe, darüber s. die Gesetzesrevisoren Pens. XIII. XIV. S. 171 zu § 61 I. 22. A. L. R.

Digitized by Google

am Meisten entspricht. Denn der Käufer erwirbt alsdann, wie oben bereits bemerkt, durch die Tradition Eigenthum, damit aber auch gleichzeitig alle in dem Eigenthume enthaltenen Befugnisse, vor Allem das ausgedehnteste Nutzungsrecht der Sache, während der Verkäufer die Möglichkeit gewinnt, den empfangenen Kaufpreis einstweilen umzuschlagen; außerdem aber geht mit der Uebergabe — im R. R. schon mit dem Abschlusse des Vertrages — die Gefahr auf den Käufer über.[19]) Dies hatte offenbar schon der Scharfblick der Römischen Juristen erkannt und dies ist wohl auch der Grund, weshalb die uns überkommenen Quellenzeugnisse mit besonderer Vorliebe auch nur diese resolutive Form der in diem addictio behandeln.[20]) Auf diese resolutive Form des Paktums

---

19) Vgl. A. L. R. I. 11. §§ 1. 19. 124. 135; §§ 221. 109. 230 und 95 ebendas. und oben bei Note 8.

20) Hieraus erklärt sich weiter, wie einzelne Juristen und unter diesen Paulus und Julian dazu kamen, unter allen Umständen das pactum in diem addictionis resolutiv aufzufassen (l. 2 § 4 D. pro emtore (41, 4); l. 11 §§. 10. 12. D. quod vi aut clam. (43, 24); daraus ferner, daß auch das an die Spitze des von der in diem addictio handelnden Titels in der l. 1 desselben (18, 2) gesetzte Formular für die in diem addictio: „In diem addictio ita fit: ille fundus centum esto tibi emtus, nisi si quis intra kalendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat. Paulus libro V. ad Sabinum" nur die resolutive Form derselben als die gewöhnlichere berücksichtigt. Hiernach gehen die Worte der l. 1 cit. „quo res a domino abeat" lediglich auf den Käufer. Müller a. a. O. S. 270. 271. — Glück, Pandekten-Commentar, Bd. 16 S. 240 Note 3 versteht die angeführten Worte mit Accursius und Donellus in gleicher Weise, wie denn Glück a. a. O. und Donellus in seinem Comment. libr. XVI. cap. 18 de in diem addict. auch der Ansicht sind, daß das pactum in diem addictionis gewöhnlich als resolutiv beigefügt wird. In demselben Sinne spricht sich aus Lauterbach in seinem Colleg. Pandectar. ad libr. XVIII. 2 No. V (edit. VItae ai 1784. tom. I. pag. 1021). Er sagt daselbst: In hisce modis distinguendis non tam ad verba, quam ad mentem contrahentium, et quid inter illos sit actum, est respiciendum; ita tamen, ut in dubio, et si simpliciter fuerit dictum, emtionem cum addictione in diem esse contractam, pure facta esse censeatur. Lauterbach beruft sich hierfür auf l. 2 § 4 D. pro emtore (41, 4) und auf l. 3 D. quib. mod. pign. solv. (20, 6), sowie u. A. auf Brunnemann und Stryk. Er fährt fort: Conditionales enim venditiones — also die unter einer Suspensivbedingung geschlossenen Käufe — sunt minus favorabiles, tamquam imperfectae, cum tamen quilibet actus sui natura purus sit. Conditio vero est quid extrinsecum, quae ideo non nisi ex singulari causa suppletur. l. 126 § 2 in fine de V. O. (45, 1). Demzufolge behandelt Lauterbach am Ende des angeführten Titels (pag. 1030 der obigen Ausgabe) die suspensive in diem

Digitized by Google

ist namentlich auch die l. 6. D. de in diem addictione (18, 2) zu beziehen, welche die Frage, wem bei dem Vorhandensein jenes Paktums die Nutzungen[21]) der Zwischenzeit zufallen, also die Auseinandersetzung zwischen dem ersten Käufer und dem Verkäufer wegen dieser Nutzungen, nach verschiedenen Seiten hin erörtert.[22]) Alles dessen aber mochten

---

addictio auch nur ganz obenhin. Gleicher Meinung sind beispielsweise Thibaut in seinen civilistischen Abhandlungen S. 379 und in seinen Pandekten Bd. 2 § 617 Note f. (8. Ausgabe), Puchta, Pand. § 263 bei Note f., Mühlenbruch, Pand. Bd. 2 § 403 Note 2, Sintenis a. a. O. Bd. 2 § 101 bei Note 15. 2. Aufl. S. 326, Unterholzner, Schuldverhältnisse Bd. 2 § 429 Note d. und e. Der obigen Ansicht widerspricht auch nicht, was Sell a. a. O. S. 188 Anm. 1 und S. 196, Müller a. a. O. S. 269—271 und Zimmern a. a. O. S. 241 f. bemerken. Denn es verträgt sich damit sehr wohl, daß jenes pactum im Röm. wie Preuß. Recht auch suspensiv vorkommen kann und in der That vorkommt.

21) Daß der in der l. 6 cit. gebrauchte Ausdruck fructus von den Röm. Juristen in diesem weiteren Sinne gebraucht wird, daß also dieser Ausdruck jeden Nutzen und Gewinn begreift, den eine Sache gewährt, namentlich Pachtgelder und sonstige Einkünfte, darüber vgl. Sintenis a. a. O. Bd. 1 § 41 zu IV. 2 bei Anm. 32 ff. S. 425—426 und die dort angegebenen Belagstellen. Der Preußischrechtliche Begriff der Frucht ist ein engerer. A. L. R. I. 2. § 110 und I. 9. § 220.

22) Die l. 6 D. de in diem addict. lautet:

Item quod dictum est, fructus interea captos emtorem priorem sequi, toties verum est, quoties nullus emtor existit, qui meliorem conditionem afferat, vel falsus existit; sin vero exstitit emtor posterior, fructus refundere priorem debere constat, sed venditori; et ita Julianus libro quadragesimo octavo Digestorum scripsit. § 1. Si quis exstiterit, qui meliorem conditionem afferat, deinde prior emtor adversus eum licitatus sit, et penes eum emtorem manserit [Huschke in Linde's Ztschr. für Civilrecht und Prozeß, N. F. Bd. 5 (1848) S. 105 will mit Best statt der letzten beiden Worte lesen emtio remanserit; vgl. l. 9 pr. D. de aqua et aquae pluv. arc. (39, 3); der Sinn ist zwar auch ohne Emendation klar, jedenfalls aber ist diese Emendation der Supplirung von res vorzuziehen, wie sie der Erlanger Codex hat. Glück a. a. O. Bd. 16. S. 247 Note 11], dubitari poterit, utrum fructus ipse habeat, quasi nulla meliore conditione oblata, an vero venditoris sint, licet eadem sit persona, quae meliorem conditionem attulit? Quod ratio facere videtur, intererit tamen, quid acti sit; et ita Pomponius scribit. Ulpianus libro XXVIII. ad Sabinum.

Glück a. a. O. S. 246, vgl. mit S. 243 zu A., Westphal in der Lehre vom Kauf §§ 743 und 747, Göschen, Vorlesungen, Bd. 2 Abth. 2 S. 541 zu 4 und 5. Holzschuher a. a. O. Bd. 1. 2. Aufl. S. 385, der überall konfundirende Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. 1 Aufl. 2 Art. Addictio in diem S. 106 Note 1 und S. 107 Note 9 beziehen zwar die gedachte Stelle auch auf die Suspensivbedingung, aber völlig zu Unrecht.

Digitized by Google

und konnten sich auch die Redaktoren unseres Landrechts bewußt sein und so wird es erklärlich weshalb auch sie gerade für die resolutive in

Denn aus dem Inhalte der l. 6 cit. geht unwiderleglich hervor, daß die Sache dem ersten Käufer beim Abschlusse des Vertrages übergeben worden ist. Es könnte sonst im princ. der Stelle nicht gesagt sein, der Käufer habe, wenn ein besseres Gebot erfolge, die Früchte zurückzugeben (fructus refundere priorem debere constat). Der enge Zusammenhang, in welchem die in der l. 6 cit. vorgetragenen drei Fälle stehen, nöthigt aber auch zu der ferneren Annahme, Ulpian habe im § 1 der l. 6 cit. die Uebergabe an den ersten Käufer ebenfalls als geschehen vorausgesetzt. Ist dies aber der Fall, so streitet schon nach allgemeinen Grundsätzen die Thatsache der Uebergabe für die Vermuthung, die beigefügte Bedingung habe auflösend wirken sollen.

l. 7 § 3, l. 8 D. de jure dot. (23, 3); l. 1 § 2 D. pro dote (41, 9). Vgl. Lauterbach l. c. No. V.; Glück a. a. O. Bd. 4 S. 479 Note 50; Schweppe, Röm. Privatrecht, 4. Aufl. (1828) § 116 a. E., Bd. 1 S. 254; J. A. Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, 3. Aufl. 1852. § 76 zu 2a., Bd. 1 S. 102 und dessen Erörterungen S. 90; Koch, Recht der Forderungen, Bd. 2 § 92 zu III. 1. Aufl. S. 210 f., 2. Aufl. S. 236 f.; Götting in der Ztschr. für Civilrecht und Prozeß. N. F. Bd. 1 (1845) S. 281; Zimmern a. a. O. S. 247; Savigny a. a. O. Bd. 4 S. 247 zu Note t. und Holzschuher a. a. O. Bd. 1. 2. Aufl. S. 383.

Selbst aber, wenn dieser Satz in der obigen allgemeinen Fassung angezweifelt und modifizirt worden ist (vgl. Thibaut, Civilist. Abhandlungen S. 379 f. und dessen System des Pandektenrechts, 8. Aufl. (1834) Bd. 1 § 89 a. E. S. 73), so muß er doch für die in diem addictio unbedingt zugegeben werden.

Dies folgt aus einer Vergleichung zweier Stellen von Ulpian: 1) der l. 4 § 3 D. de in diem addictione, die ausdrücklich hervorhebt, sie handle von der resolutiven Form des Paktums; der an den Käufer erfolgten Tradition jedoch geschieht hier keinerlei Erwähnung, wiewohl nach allgemeinen Grundsätzen (Puchta, Pand. § 148) dieselbe als geschehen vorausgesetzt werden muß; und 2) der l. 3 D. quibus mod. pign. vel hyp. solv. (20, 6), welche umgekehrt nur der Tradition besonders erwähnt, nicht aber auch hervorhebt, daß sie lediglich die resolutive in diem addictio im Auge habe. Nichts desto weniger muß das Letztere angenommen werden, weil in allen sonstigen Beziehungen der Inhalt beider Stellen ein und derselbe ist. Vgl. hinsichtlich der letzteren Stelle auch Zimmern a. a. O. S. 247 f. Der Wortlaut der Stellen ist folgender:

l. 4 § 3 D. de in diem addict.: Sed et Marcellus libro quinto Digestorum scribit, pure vendito et in diem addicto fundo, si melior conditio allata sit, rem pignori esse desinere, si emtor eum fundum pignori dedisset. Ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset; alioquin nec pignus teneret.

l. 3 D. quibus modis pign. vel. hypp. solv.: Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita, et forte emtor, antequam melior conditio offeretur,

Digitized by Google

diem addictio und folglich auch für die beim Eintritte der resolutiven Bedingung zwischen den Kontrahenten erforderliche und in den §§ 290 ff. I. 11. A. L. R. behandelte Auseinandersetzung ganz besondere Fürsorge trafen. Dies war um so mehr gerechtfertigt, als für den Fall, wo die gedachte Nebenabrede als eine den Kaufvertrag suspendirende ausdrücklich abgeschlossen und gleichzeitig die Uebergabe der Sache an den Käufer erfolgt war, die in § 260 I. 11. A. L. R. enthaltene Bestimmung[23]) den Interessen des Käufers in ausreichendster Weise Rechnung

---

hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro quinto Digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio sit allata.

Die Gegenüberstellung dieser Stellen führt also zu dem Resultate, daß bei der in diem addictio überall die Tradition als geschehen anzunehmen ist, wo ausdrücklich bemerkt wird, jener Nebenvertrag sei in resolutiver Form eingegangen worden, während umgekehrt die resolutive Form des Paktums vorliegt, wo der Tradition besonders gedacht ist. Einen weiteren Belag für diese Ansicht giebt noch die l. 19 D. de usurpat. et usucap. (41 3) von Javolen.

Der eben ausgesprochene Satz muß aber auch dann gelten, wenn die erfolgte Tradition zwar nicht verbis expressis wie in der l. 3 cit. hervorgehoben wird, sich aber wie in unserer l. 6 D. cit. mit Nothwendigkeit aus dem Inhalte der Stelle ergiebt. Die besondere Erwähnung der Tradition wäre alsdann eine völlig müßige und überflüssige gewesen. War die Tradition erfolgt und nicht ausdrücklich das pactum als suspensives beigefügt, dann ging eben die Absicht der Parteien auf die resolutive in diem addictio. Das vorliegende Ergebniß steht sonach auch mit den Worten Ulpian's in l. 2 pr. de in diem addict.: „Et mihi videtur verius, interesse quid actum sit" im besten Einklange.

Wesentlich unterstützt wird die hier entwickelte Ansicht dadurch, daß Ulpian für die im princ. der l. 6 cit. vorgetragenen Sätze Julian als Gewährsmann aufführt. Dieser aber gehörte denjenigen Juristen an, welche, wie oben bemerkt (Note 20), der in diem addictio überall resolutive Wirkung beimaßen.

Die hier versuchte Beweisführung ist meines Wissens eine völlig neue. Doch erwähnen von den Aelteren schon Cujaz (ad leg. ult. de in diem addict., edit. Neapol. ai. 1758 .... Oper. tom. IV. p. 946; cfr. tom. VIII. p. 373), Noodt (Comment. ad libr. XVIII. tit. 2 Dig. edit. Oper. ai 1732. tom. II. p. 312), Voet (Comment. ad Pand. lib. XVIII. tit. 2 No. 1), Cocceji (Jus controv. civile, lib. XVIII. tit. 2. quaest. 3. (edit. ai. 1713 tom. I. p. 847), Lauterbach l. c. No. VIII., Westenberg (Princ. juris. Berol. 1814. lib. 18. tit. 2 § 5 und 7), von den Neueren Thibaut (Civilist. Abhandlungen S. 363 zu Note 6 und Arch. für civilist. Praxis Bd. 16 S. 389 zu Note 8), so wie die Lehrbücher von Mühlenbruch, Schweppe, Unterholzner, Seuffert, Puchta, Vangerow, Arndts und Keller an den betreffenden Stellen die l. 6 cit. nur da, wo sie von der resolutiven Form des Paktums handeln.

23) Der § 260 a. a. O. verordnet:

Digitized by Google

trug und ihn gegen etwaige Weiterungen in der wirksamsten Art schützte.[24])

Und so ist denn nach der vorstehenden Ausführung eine andere als die hier gegebene Deutung des § 290 I. 11. A. L. R. geradezu unmöglich.

> Hat aber der Käufer ohne besondere ausdrückliche Verabredung das Kaufgeld schon bezahlt, und kommt der Kauf nicht zur Wirklichkeit, also daß Sache und Kaufgeld zurückgegeben werden müssen: so werden die Nutzungen der ersten und die Zinsen des letztern gegen einander aufgehoben.

Auch diese Bestimmung war dem gedruckten Entwurfe noch fremd. Vgl. denselben a. a. O. §§ 266—268.

24) Vgl. Koch, Recht der Forderungen, Bd. 2 § 94 I. 3. zu Note 23, 1. Aufl. S. 231, 2. Aufl. S. 258: „Durch die Bestimmung des § 260 a. a. O. sollen weitläufige Rechnungsprozesse vermieden werden." — Die in den §§ 290—292 I. 11. A. L. R. ausgesprochenen Grundsätze aber lehnen sich zunächst an die vom R. R. grundsätzlich abweichende Bestimmung des § 115 I. 4 ebendaselbst (vgl. hierüber Koch a. a. O. § 94 zu II. 2. und insbesondere Bernh. Windscheid a. a. O. (Note 9) S. 3 f.), sowie den § 109 I. 11. ibid. an. Das Wahlrecht ferner, welches der § 292 a. a. O. für den Fall des Eintritts der Bedingung dem ersten Käufer ertheilt, soll offenbar den Letzteren für die ohne seine Schuld eingetretene Auflösung des Vertrages entschädigen. Der § 293 a. a. O. endlich spricht den sich von selbst verstehenden, auch in der l. 6 § 1 D. de in diem addict. berührten Satz („intererit tamen, quid acti sit") aus, daß es den Parteien frei stehen soll, wegen der Verzinsung und Fruchtberechnung, auf den Fall des rückgängig gewordenen Kaufs, ein Anderes unter sich zu verabreden. Ueberall nämlich können die regelmäßigen Wirkungen der eingetretenen Bedingung durch besondere Verabredung bei Eingehung des Geschäfts so weit modificirt werden, als nicht gegen den Charakter des Rechtsinstituts damit so verstoßen wird, daß es an einem Maßstabe zum Erkennen und zur Beurtheilung der rechtlichen Natur des fraglichen Rechtsverhältnisses fehlt. Vgl. Sintenis a. a. O. Bd. 1 § 20 bei Note 40, 2. Aufl. S. 170 und meine Abhandlung im V. Jahrgang dieser Beiträge S. 178 f. Note 43 und 44. Wie Koch in der 2. Aufl. seines Rechts der Forderungen Bd. 3 § 379 S. 1104 Note 16 dazu gelangt, die Worte der l. 6 cit. in fine „intererit tamen, quid acti sit" auf den Inhalt des in Folge der Rescission des ursprünglichen Vertrags abgeschlossenen neuen Kontrakts zu beziehen, ist nicht ersichtlich. Diese Worte gehen vielmehr, wie sich aus dem Vorstehenden ergiebt, lediglich auf den ursprünglichen Vertrag. Vgl. Savigny a. a. O. Bd. 3 S. 153 bei Note k. und die Note k. selbst, so wie Glück a. a. O. Bd. 16 S. 246 zu 4.

Digitized by Google

Nr. 2.

Rechtliche Stellung des Verkaufs-Kommissionärs del credere, insbesondere Demjenigen gegenüber, der die Kommissionswaare entwendet hat.

Von dem Gerichts-Assessor Anders in Breslau.

Der Kaufmann A zu L übersandte im Wege der kaufmännischen Kommission del credere dem Kaufmann B 7 Centner Wolle, um solche zu verkaufen; dieselbe ward jedoch von dem Arbeitsmanne C aus dem Magazin des B gestohlen und von dem Diebe sodann für 400 Thlr. an den Kommissionär D verkauft, welcher sich das Kaufgeld gegen Verpfändung der Wolle von dem Kaufmann E anlieh. D und E wußten, daß die Wolle gestohlen sei und verkauften solche später gemeinschaftlich an einen Tuchmacher, der sie verarbeitete. Demnächst sind C als Dieb, D und E aber als Hehler verurtheilt und bestraft worden.

Jetzt aber fordert klagend der Kaufmann B, daß C, D und E solidarisch verurtheilt würden, den Werth der Wolle mit 700 Thlr. zu ersetzen.

C hat sich auf diese Klage nicht eingelassen; D und E haben aber darauf erwiedert:

a. daß zu derselben nicht der Kläger B, als bloßer Depositar, sondern nur der Kaufmann A, als Eigenthümer der Wolle legitimirt sei,

b. daß sie an der durch C verübten Entwendung der Wolle, wodurch Kläger beschädigt worden, keinen Theil genommen hätten, also auch nicht solidarisch mit dem C hafteten.

Wie ist dieser Rechtsstreit nach Preußischem altländischen Rechte, und wie nach Römischem Rechte zu beurtheilen?

I.

Nach Preußischem Rechte ist der Kaufmann B mit seiner Klage auf Ersatz des Werthes der Wolle mit 700 Thlr., allen drei Verklagten gegenüber, abzuweisen.

Die erste Erwiederung der Verklagten D und E, daß zu der angestellten Klage nicht der Kläger B, als Depositar, sondern nur der Kaufmann A, als Eigenthümer der Wolle, legitimirt sei, ist für begründet zu erachten.

Digitized by Google

Behufs Prüfung derselben müssen wir zunächst untersuchen, in welcher rechtlichen Stellung sich der Kläger B als Verkaufs-Kommissionär del credere befindet.

Besondere gesetzliche Vorschriften giebt das Preußische Landrecht über das kaufmännische Kommissionsgeschäft nicht; nur bezüglich der Provision und des Lagergeldes ist bestimmt, daß sie ein Kaufmann, welcher kaufmännische Geschäfte für einen Andern besorgt, auch ohne vorhergegangene ausdrückliche Verabredung solle fordern können.[1]) Bei diesem Mangel spezieller Vorschriften ist es daher nothwendig, das Kommissionsgeschäft unter die Regeln eines anderen Vertrages unterzuordnen. Dabei erscheint es am zweckmäßigsten, den Begriff des kaufmännischen Kommissionsgeschäftes und die Hauptgrundsätze über dasselbe aufzustellen; alsdann wird sich durch eine Vergleichung dasjenige Rechtsgeschäft finden lassen, dessen Prinzipien auf das Kommissionsgeschäft consequente Anwendung leiden können.

Kommissionshandelsgeschäft definirt man am gewöhnlichsten[2]) als einen Einkauf oder Verkauf, der im Auftrage eines Andern, daher für *dessen* Rechnung und Gefahr, jedoch dem Verkäufer oder Käufer gegenüber im Namen des Beauftragten[3]) geschieht.[4])

Aus diesem Begriffe resultiren folgende wesentliche Grundsätze:

1. Das Kommissionsgeschäft kommt durch bloße gegenseitige Erklärung zu Stande, wodurch der Kommittent seinen Auftrag ertheilt und der Kommissionär denselben annimmt.[5])
2. Bei der Verkaufskommission muß der Kommissionär alles, was er erwirbt, dem Kommittenten berechnen und herausgeben, auch was er über den ihm bestimmten Preis erhält.[6])

---

1) cf. § 698. 700 II. 8. A. L. R.

2) Der Begriff ist nirgends gesetzlich bestimmt und kann deßhalb nur aus der Wissenschaft geschöpft werden. Diese Quelle fließt aber gerade hier sehr trübe, denn die verschiedenen Schriftsteller grenzen den Begriff sehr verschieden ab. Wir haben hier den von den meisten Schriftstellern adoptirten und den Entwürfen des deutschen, preußischen und österreichischen Handelsgesetzbuchs sich am meisten anschließenden Begriff gewählt.

3) Daß der Kommissionär in eignem Namen handle, dies Requisit wird von Mittermaier, deutsches Priv. R. § 551 verworfen. Andere sagen, der Kommissionär pflege in eignem Namen zu handeln. Vgl. Faber de mercat. procur. p. 20. cf. jedoch art. 277 Preuß. Entwurf. § 132 Oesterr. Entw. art. 337 Nürnberger Entw. 2. Lesung.

4) Treitschke, Rechtsgrundſ. über Kommiss. Handel § 1. Maurenbrecher § 405. Wilda in Weiske's Rechtslex. Bd. 2 S. 711.

5) Treitschke l. c. § 5. Püttmann. Miscellaneorum liber sing. S. 166.

6) Treitschke § 6 S. 17.

Digitized by Google

3. Die Kommission ist einseitig widerruflich.[7])
4. Der Kommissionär erhält eine Provision, sogar ohne vorhergegangene besondere Verabredung.
5. Es entsteht kein direktes Verhältniß zwischen dem Kommittenten und dem dritten Kontrahenten.[8])

Bei genauer Betrachtung dieser Grundsätze scheinen die Prinzipien vom Vollmachtsauftrage am ehesten auf das Kommissionsgeschäft anwendbar.

Denn es ist der Vollmachtsauftrag ebenfalls ein Consensual-Contract, da nach § 5 und § 6 I. 13. A. L. R.[9]) nur Ertheilung des Auftrages und dessen Annahme zur Perfektion des Geschäfts gehört.

Gleich dem Kommissionär ist ferner der Mandatar verpflichtet, dem Mandanten nach vollendetem Geschäfte über dessen Ausführung Rechenschaft abzulegen[10]) und alles herauszugeben, was er aus dem aufgetragenen Geschäfte hinter sich hat.[11])

Die Vorschrift, daß der Vertrag einseitig widerruflich sei,[12]) sowie daß eine Belohnung zulässig ist,[13]) findet sich auch beim Vollmachtsauftrage. Insbesondere leitet die oben erwähnte, einzige Bestimmung des Landrechts über den Kommissionär, wonach er selbst unbedungene Provision und Magazinage fordern darf,[14]) darauf hin, die Prinzipien des Vollmachtsauftrages als Norm für das Kommissionsgeschäft hinzustellen, da sich im § 74 I. 13. A. L. R. die Vorschrift findet, daß der Mandatar dann auch unbedungene Belohnungen fordern kann, wenn die Gesetze

---

7) Treitschke l. c. § 3 S. 7, § 16 S. 52.
8) Treitschke l. c. § 21. Bender, Grundsätze des engeren Handelsrechts S. 217.
9) § 5. Die Willenserklärung, wodurch Einer dem Andern das Recht ertheilt, ein Geschäft für ihn und statt seiner zu betreiben, wird Auftrag oder Vollmacht genannt. § 6. Wird der Auftrag angenommen, so ist unter beiden Theilen ein Vertrag vorhanden.
10) § 61 I. 13. A. L. R.
11) § 62 ibid. Alle Vortheile, welche aus dergleichen aufgetragenen Geschäften entstehen, kommen, soweit nicht ein Anderes verabredet worden, dem Machtgeber allein zu Statten.
12) § 158 I. 13. A. L. R.
13) § 74 ibid.
14) Oben Note 1 § 698 und § 700 II. 8. A. L. R. § 698: Ein Kaufmann, welcher kaufmännische Geschäfte für einen Andern, er sei Kaufmann oder nicht, besorgt, kann dafür, auch ohne ausdrückliche Verabredung, Provision fordern. § 700. Sind Waaren bei einem Kaufmanne niedergelegt worden, so kann derselbe für deren Aufbewahrung Lagergeld, auch ohne vorhergegangene ausdrückliche Verabredung fordern.

Digitized by Google

selbst einen Preis dafür bestimmen oder die Ausrichtung solcher Geschäfte zu seinem ordentlichen Gewerbe gehört. Denn danach erscheint die obige Bestimmung nur als eine Anwendung der beim Vollmachtsauftrag aufgestellten Regel.

Der Umstand endlich, daß der Kommissionär in eignem Namen handelt, und daß zwischen dem dritten Kontrahenten und dem Kommittenten kein direktes Rechtsverhältniß besteht, hindert uns nicht, die Regeln vom Vollmachtsauftrage auf das Kommissionsgeschäft anzuwenden.[15]) Denn auch beim Vollmachtsauftrage entsteht ein solches unmittelbares Rechtsverhältniß nur, wenn der Bevollmächtigte im Namen des Machtgebers gehandelt hat.[16]) Wenn er dagegen im eigenen Namen kontrahirt, so kann nach § 154 I. 13. A. L. R. der dritte Kontrahent nur vom Bevollmächtigten die Erfüllung verlangen. Daß auch umgekehrt der Machtgeber aus einem vom Bevollmächtigten in eignem Namen geschlossenen Vertrage nicht unmittelbar gegen den dritten Kontrahenten Rechte erwirbt, ist zwar nicht im Landrecht ausgesprochen; es muß dies indessen angenommen werden, da eben der § 154 I. 13. auf dem Grundsatze beruht, daß die Obligation nur zwischen den Kontrahenten bestehe und nur diese Rechte und Verbindlichkeiten erwerben.[17])

Dadurch wird jedoch die Stellung des Bevollmächtigten als solchen nicht geändert, denn gerade der § 154 l. c. bezeichnet den Beauftragten, welcher in seinem eignen Namen kontrahirt, als Bevollmächtigten.[18])

Wenn hiernach im Preußischen Recht das Kommissionsgeschäft unter die Regeln des Vollmachtsauftrages zu stellen ist, so bleibt nur noch zu prüfen, ob etwa der Kommissionär dadurch, daß er das del credere übernommen hat, die Eigenschaft eines Bevollmächtigten des Kommittenten verliert?

15) Erk. IV. Senats Ober-Trib. vom 25. März 1852: „Das kaufmännische Kommissionsgeschäft verliert dadurch, daß der Kommissionär das Geschäft mit dem Dritten nicht im Namen des Kommittenten, sondern in eignem Namen abschließt, nicht seinen Charakter als Vollmacht." (Striethorst, Archiv Bd. 5 S. 125.)

16) cf. Bornemann, System Bd. 3 § 247 S. 416. „Durch Verträge, welche der Bevollmächtigte mit dritten Personen schließt, wird nur zwischen diesen und dem Machtgeber ein Rechtsverhältniß begründet, vorausgesetzt, daß der Bevollmächtigte a) in des Machtgebers, nicht in seinem eignen Namen contrahirt 2c.

17) Gleicher Ansicht mit uns ist Temme, Lehrbuch Bd. 1 § 203 S. 577. „Hat der Bevollmächtigte in seinem eigenen Namen gehandelt, so ist ein Rechtsgeschäft nur zwischen ihm und dem Dritten zu Stande gekommen, zwischen diesem und dem Machtgeber also gar kein Rechtsverhältniß begründet.

18) Erk. des Ob. Trib. vom 27. Februar 1844 (Entsch. Bd. 10 S. 113).


Digitized by Google

Dies ist nicht der Fall.

Denn die Uebernahme des del credere Stehens ist der Nebenvertrag, wodurch sich der Kommissionär gegen eine erhöhte Provision dem Kommittenten verpflichtet, als Selbstschuldner für die Erfüllung der Verbindlichkeit des dritten Kontrahenten einzustehen.[19]) Nun ist es aber bekannt, daß durch solche Nebenabreden, wodurch ein Zusatz zu dem ursprünglichen Inhalt des Vertrages beliebt wird, die Natur des Hauptvertrages nicht geändert wird. Der Hauptvertrag bleibt also ein Vollmachtsauftrag.[20])

Von diesen Grundsätzen ist denn auch das Obertribunal bei seinen sämmtlichen neueren Entscheidungen,[21]) wobei die rechtliche Stellung des Kommissionärs del credere zur Erörterung kam, ausgegangen.

Wir müssen jetzt untersuchen, welche Klagen einem Kommissionär del credere, dem die Kommissionswaare gestohlen wird, überhaupt zustehen und daraus wird sich ergeben, ob Kläger zur vorliegenden Klage berechtigt war.

Unseres Erachtens werden durch den Diebstahl zwei verschiedene Klagen für den Kommissionär del credere begründet. Derselbe ist nämlich als Bevollmächtigter des Kommittenten Inhaber der ihm übersandten Waare, während der Kommittent das Eigenthum daran behält. Dies ist jetzt auch in der Konkurs-Ordnung geradezu ausgesprochen, indem dem Kommittenten bei dem Konkurse des Kommissionärs Vindikations-Ansprüche gegeben sind.[22])

Als Inhaber hat der Kommissionär del credere eine Klage auf Wiedererlangung der Gewahrsam, mit welcher er die Sache von dem Diebe und dem Hehler zurückfordern kann, weil diese ohne allen Rechtsgrund die gestohlene Sache detiniren. Indessen wird bei einer solchen

---

19) Treitschke l. c. § 10. Pöhls Handelsrecht § 116. Mittermaier, deutsches Privat. R. § 552 No. XIII. Bender l. c. § 105. Morstadt, Commentar S. 44. Preuß. Entwurf und Motive art. 288. Nürnberger Entwürfe art. 316 und 347.

20) Erk. IV. Senats Ob. Trib. vom 3. October 1850 (Entsch. Bd. 20 S. 159) vom 14. Juni 1850 (Striethorst, Archiv Bd. I S. 13) vom 10. December 1850 (Strieth. Bd. I. S. 14).

21) Erkenntniß vom 24. Januar 1848 (Entsch. Bd. 16 S. 163), 22. Februar 1850 (Entsch. Bd. 19 S. 185), vom 3. Oktober 1850 (Entsch. B. 20 S. 159) und die im Striethorst'schen Archiv Bd. I. S. 10 f. angeführten Erkenntnisse.

22) Konkurs-Ordnung v. 8. Mai 1855 § 25. Waaren und andere Gegenstände, welche dem Gemeinschuldner zum Verkauf in Kommission gegeben sind, können zurückgefordert werden, sofern dieselben zur Zeit der Konkurs-Eröffnung bei dem Gemeinschuldner oder bei einem Dritten, welcher sie für den Gemeinschuldner besitzt, in Natur unterscheidbar vorhanden sind.

Digitized by Google

Rückforderungsklage vorausgesetzt, daß der Dieb und der Hehler selbst noch die Gewahrsam haben, wie aus der Vorschrift des § 162 I. 7. A. L. R. hervorgeht:

> „Der bloße Inhaber kann die seiner Gewahrsam entkommene Sache nur von demjenigen, der sie ohne allen Rechtsgrund im Besitze hat, zurückfordern."

Diese Klage kann die angestellte also schon darum nicht sein, weil die gestohlene Wolle nicht mehr vorhanden, vielmehr nach ihrer Veräußerung seitens des Diebes und der Hehler durch Spezifikation untergegangen ist.

In einem solchen Falle ist der bestohlene Inhaber nicht etwa berechtigt, statt der untergegangenen Wolle den Werth derselben von dem Entsetzer zu fordern. Wenn auch nicht zu leugnen ist, daß die Klage des der Gewahrsam entsetzten Inhabers auf Wiedererlangung derselben auf einer analogen Ausdehnung der actio Publiciana[23]) beruht, so ist doch von der Römischen Vorschrift, daß die actio Publiciana, gleich der Vindikation, auf den Werth der Sache auch gegen den, qui dolo desiit possidere, zulässig sei, im Preußischen Rechte bei dieser Klage des Inhabers gegen den unredlichen Besitzer keine Anwendung gemacht. Die Bestimmungen des 15. Titels Th. I L. R. über die ficta possessio, die ohnehin von denen des Römischen Rechts abweichen, dürfen auf die Klage des Inhabers nicht angewendet werden, weil im § 2 des 15. Titels gesagt ist:

> Wie weit dieses Rückforderungsrecht auch einem Besitzer gegen andere Inhaber und Besitzer und selbst gegen den Eigenthümer zukomme, ist im 7. Titel bestimmt (Tit. 7 § 162 sq.).

Da nun der Umfang dieses Rechtes des Inhabers im 7. Titel lediglich auf die Rückforderung der Gewahrsam beschränkt ist, so kann der bestohlene Inhaber nicht den Werth der gestohlenen Sache als Ersatz verlangen, wenn sie nicht mehr existirt. Diese Ansicht wird noch durch die Erwägung unterstützt, daß der Inhaber nach § 137 Th. I. Tit. 7 nur diejenigen Rechte hat, welche aus der Pflicht folgen, die Sache zum Besten dessen, welchem der Besitz gebührt, zu erhalten. Hat er nämlich nur die Pflicht, die Sache zu erhalten, so kann er auch nur das Recht haben, die Sache selbst zu verfolgen, um ihre Gewahrsam und damit die Möglichkeit, sie zum Besten des Besitzers zu erhalten, wiederzuerlangen.

23) Koch, Privatrecht Bd. I. § 240. Koch, Besitz § 30. Schröter, Lehrbuch des A. L. R. Bd. I. § 118. Im A. L. R. steht diese Klage jedem besser Berechtigten gegen den Minderberechtigten zu. § 161 I. 7. A. L. R. § 95 der Einleitung zum L. R. F. Löher, System des Preuß. Landrechts S. 92.

Digitized by Google

Aus dem Diebstahl, als einer unerlaubten Handlung, entspringt aber für den Kommissionär del credere noch eine Klage auf Schadensersatz. Die Höhe des Klagegegenstandes richtet sich natürlich danach, welchen Schaden ein Kommissionär del credere, dem die Waare gestohlen wird, erleidet. Da die Diebe und Hehler vorsätzlich handeln, so müssen sie dem Beschädigten das ganze Interesse ersetzen,[24]) welches den wirklichen Schaden und den entgangenen Gewinn umfaßt.

Wirklichen Schaden erleidet der bestohlene Kommissionär del credere nicht. Dieser bestünde doch darin, daß er aus seinem Vermögen etwas verlöre. Da er aber, wie gesagt, nur Inhaber der Kommissionswaare ist, so erwächst ihm durch deren Entwendung kein Nachtheil; er braucht auch nicht etwa dem Kommittenten den Werth der Sache zu ersetzen, da er ja nur für die Solvenz des dritten Kontrahenten einsteht, sonst aber keine weitere Gefahr übernimmt.[25])

Dies erklärt sich auch daraus, daß er als Bevollmächtigter gilt, daher den die Kommissionswaare treffenden Zufall[26]) — als solcher kann der Diebstahl im vorliegenden Falle doch nur angesehen werden, da nicht gesagt ist, daß dem B ein Versehen zur Last fällt — nicht zu vertreten hat.

Während also ein wirklicher Schade nicht eintritt, entgeht jedoch dem bestohlenen Kommissionär del credere ein Gewinn: denn er kann die Waare nicht mehr verkaufen, das ihm aufgetragene Geschäft nicht ausführen und verliert deshalb die Provisions-Forderung an den Kommittenten.

Eine auf Verfolgung dieses Anspruchs gerichtete Klage würde aber der Art substantiirt werden müssen, daß nachgewiesen würde, B habe die Gelegenheit zum Verkaufe der Wolle gehabt und es sei ihm schon ein bestimmter Preis dafür geboten gewesen. Das Erstere ist nothwendig, weil andernfalls davon nicht die Rede sein kann, daß dem B ein sicherer Gewinn entgangen sei, das Zweite, weil sonst der Gewinn nicht berechnet werden kann, da die Provision in gewissen Prozenten vom Verkaufs-

24) § 7 und 10 Th. I Tit. 6 A. L. R. § 7. Zu einer vollständigen Genugthuung gehört der Ersatz des gesammten Schadens und des entgangenen Gewinns. § 10. Wer einen Andern aus Vorsatz oder grobem Versehen beleidigt, muß demselben vollständige Genugthuung leisten (§ 7).

25) Wilda in Weiske's Rechtslexicon Bd. 2 S. 711 No. VII. und VIII.

26) § 56 I. 13. § 17 I. 14. A. L. R. § 56. Kann hiernach der Grad seiner Verschuldung nicht ausgemittelt werden, oder hat er den Auftrag gegen Belohnung übernommen, so muß jedes mäßige Versehen überhaupt von ihm vertreten werden. § 17. In allen Fällen, wo die Verwahrung gegen Entgelt übernommen worden, muß der Verwahrer für ein mäßiges Versehen haften.

Digitized by Google

preise besteht. Ohne Weiteres, blos auf die Thatsache des geschehenen Diebstahls gestützt, kann B nicht entgangenen Gewinn ersetzt fordern, und es leuchtet auch von selbst ein, daß der entgangene Gewinn des B niemals im Sachwerthe bestehen konnte.

Mit der Schadensersatzklage kann B daher den Ersatz des Werthes der Wolle weder als wirklichen Schaden, noch als entgangenen Gewinn fordern.

. Ein anderes Rechtsmittel, außer der Rückforderungsklage und der Klage auf Ersatz des Interesse steht nun dem bestohlenen Kommissionär del credere nicht zu.

Da sich die vorliegende Klage als keine jener beiden überhaupt zulässigen charakterisirt, so ergiebt sich der Mangel jedes Klagerechtes in der Person des Klägers B.

Nur der Eigenthümer A ist zur Klage gegen die drei Verklagten auf Ersatz des Werthes der Wolle legitimirt. Denn auch für den Eigenthümer entspringt aus dem Diebstahl eine Klage auf Schadensersatz nach den Vorschriften des 6. Titels; er kann von den Beschädigern also den wirklichen Schaden und den entgangenen Gewinn fordern. Da durch den Diebstahl ihm die Sache selbst aus seinem Vermögen entzogen wird, so erleidet er dadurch einen wirklichen Schaden und dieser Schade besteht in dem Werthe der Sache.[27]) Somit ist der Eigenthümer A zur Anstellung der Klage auf Ersatz des Werthes der gestohlenen Wolle legitimirt.

Der unserer eben entwickelten Ansicht entgegengesetzten Ausführung des Ober-Tribunals in dem Erkenntnisse vom 2. November 1860,[28]) „daß der Verwahrer im Falle der Unmöglichkeit der Wiedererlangung der Gewahrsam der ihm entwendeten Sache berechtigt sei, wegen der ihm dadurch zugefügten Beschädigung von dem Diebe und Hehler Entschädigung in die Stelle der ihm entwendeten untergegangenen Sache zu beanspruchen und daß diese Entschädigung den Werth der untergegangenen Sache und des sonst erwachsenen Schadens umfasse" liegt eine andere faktische Voraussetzung zu Grunde, als unserem Falle. Dort hatte sich nämlich der Kommittent, Kaufmann Levy in Lissa, im Falle des Diebstahls der Wolle den Regreß an den Kommissionär Traube in Breslau ausdrücklich vorbehalten; Traube hat daher das wesentliche

---

27) Savigny, System Bd. 5 S. 443. „Ist der Bestohlene Eigenthümer der gestohlenen Sache, so wird sein Interesse wenigstens dem Sachwerthe gleichkommen. Koch, Recht der Forderungen Bd. I S. 310. Wenn eine individuelle Sache hat verschafft werden sollen, so besteht das direkte Interesse in dem Werthe derselben.

28) Striethorst, Archiv Bd. 38 S. 347.

Digitized by Google

Interesse, den Schaden, den er durch die Zahlung der Regreßsumme an Levy erleidet, von den Verklagten ersetzt zu erhalten. In unserem Falle ist aber der Kommissionär B lediglich als Kommissionär del credere bezeichnet, und da ein solcher nur als Bevollmächtigter gilt, so haftet er nicht für den casus, wie schon oben erwähnt ist.

Nach diesen Erörterungen halten wir den Einwand der Verklagten D und E:

> daß zu der angestellten Klage nicht der Kläger B als bloßer Depositar, sondern nur der Kaufmann A als Eigenthümer der Wolle legitimirt sei,

für begründet und müssen daher den Kläger B mit seiner Klage gegen D und E abweisen.

Aus dem Mangel der Aktivlegitimation folgt aber auch die Abweisung des Klägers dem C gegenüber, obschon sich dieser nicht auf die Klage eingelassen hat. Denn die Folge der Kontumaz des Verklagten ist im Preußischen Rechte nur, daß die thatsächliche Grundlage der Klage für wahr angenommen wird;[29]) dann aber hat der Richter „nach der Vorschrift der Gesetze“ zu prüfen, ob der Anspruch des Klägers rechtlich begründet ist, und wenn dies nicht der Fall ist, so weiset er den Kläger trotz der Kontumaz des Verklagten ab.[30]) Bei dem gänzlichen Mangel eines Klagerechts in der Person des Klägers B ist daher auch die Klage gegen C abzuweisen.

Bei diesem Ergebnisse erscheint der zweite Einwand der Verklagten einer Prüfung nicht mehr bedürftig; wir wollen ihn aber bei dieser wissenschaftlichen Beurtheilung des Rechtsstreites mit zur Erörterung ziehen.

Angenommen also, der Kaufmann B wäre berechtigt, den Werth der Wolle von C, D und E ersetzt zu verlangen, so würde es auf den zweiten Einwand der Verklagten D und E,

> daß sie an der durch C verübten Entwendung der Wolle, wodurch Kläger beschädigt worden, keinen Theil genommen hätten, also auch nicht solidarisch mit dem C hafteten,

ankommen.

Unserer Ansicht nach ist derselbe nicht begründet und die Verklagten C, D und E haften einer für alle, alle für einen. Wir haben schon oben erwähnt, daß die vorliegende Klage sich nur als eine Schadensersatzklage auffassen läßt. Daher wird die Frage, ob die Verklagten

---

29) § 10 Tit. 8 Th. I Gerichts-Ordnung. § 12 V. vom 1. Juni 1833.

30) Förster, Klage und Einrede § 38 S. 129, S. 130. Koch, Civil-Prozeß S. 262 § 173.

Digitized by Google

D und E mit C solidarisch haften, nach den §§ 29 und 30 Tit. 6 Th. I. L. R. zu beantworten sein.

§ 29. Haben mehrere zur Zufügung eines Schadens aus Vorsatz oder grobem Versehen mitgewirkt, so haften sie einer für alle und alle für einen.

§ 30. Der Beschädigte hat alsdann gegen die Beleidiger eben die Rechte, welche bei Verträgen dem Berechtigten gegen mehrere gemeinschaftlich Verpflichtete zukommen (Tit. 5 § 430 sq.).

Ob die Diebeshehler als solche anzusehen, welche bei der Zufügung eines Schadens mitgewirkt haben, darüber sind die Meinungen der Juristen getheilt.

Nach der einen Meinung [31]) nämlich setzen die §§ 29 ff. einen durch gleichzeitiges und zwar vereinigtes Handeln mehrerer Personen verursachten Schaden voraus, der sich eben als die Wirkung ihrer gemeinschaftlichen Thätigkeit darstellt; von einer solchen Theilnahme lasse sich aber nicht reden, wenn die rechtswidrige Thätigkeit der mehreren Beschädiger keine gleichzeitige gewesen, vielmehr der schon vollbrachten That des Einen die auf die schädlichen Folgen derselben fördernd einwirkende Handlung eines Andern späterhin hinzutrete. Da die Diebeshehlerei ein Vergehen sei, welches dem Diebstahle sich erst nach seiner Vollendung zugeselle, so könnten die Handlungen des Diebes und des Hehlers nicht als eine gleichzeitige gemeinschaftliche Thätigkeit mehrerer Beschädiger erscheinen.

Diese Ansicht hat auch in einem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 7. September 1848 (Rechtsfälle aus der Praxis des Ober-Tribunals Band 4 S. 319—321) auf die Haftbarkeit der Diebeshehler Anwendung gefunden.

Wir können indessen diese Ansicht nicht billigen und schließen uns der entgegengesetzten an, wonach die Diebeshehler nach §§ 29 f. I. 6. A. L. R. zu beurtheilen sind und mit dem Diebe gemeinschaftlich [32]) haften.

Denn auf die im Strafrecht gemachte Unterscheidung, wonach Diebstahl und Hehlerei gesonderte Vergehen sind, darf bei dem Civilstreite kein Gewicht gelegt werden. Ueberdies führt auch der Ausdruck im § 29 cit.: „Mehrere, die bei der Zufügung eines Schadens mitgewirkt haben," gar nicht auf eine solche Unterscheidung hin: das Gesetz spricht nicht von Theilnehmern an der unerlaubten Handlung, sondern von

31) Vgl. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Preußischen Rechts. Dritter Jahrgang S. 486 und 489.

32) Der Ausdruck „einer für alle und alle für einen" im § 29 und das Allegat im § 30 h. t. (Tit. 5 § 430 fg.) soll recht eigentlich das hier (abweichend vom Röm. Recht. Savigny, System Bd. V S. 221 f. ad B., Obligationen-Recht Bd. I S. 198 und 292) begründete ächte Correal-Verhältniß bezeichnen. Heydemann, Einleitung § 29 I. 6. S. 298.

Digitized by Google

mehreren, die an dem Resultate der unerlaubten Handlung, an der Schadenszufügung, Theil genommen haben. Daß aber zur Zufügung eines Schadens nicht unbedingt ein gleichzeitiges Handeln vorausgesetzt wird, sondern ein Schaden auch durch mehrere, der Zeit nach sich folgende Handlungen bewirkt werden kann, ist klar.

Sind also auch die Hehler nicht Theilnehmer an dem Diebstahl selbst, so sind sie doch Theilnehmer an der Schadenszufügung. Denn der Schaden des A besteht in der Entziehung der Sache, und wenn er auch zunächst durch den Dieb veranlaßt und entstanden ist, so wird er doch durch den, der mala fide die gestohlene Sache an sich bringt und weiter veräußert, fortgesetzt, so daß der Hehler ebenfalls der ist, welcher zur Zufügung eines Schadens aus Vorsatz mitwirkt. Von dieser unserer Meinung ist das Ober-Tribunal in dem Erkenntnisse vom 2. November 1860 (Striethorst Archiv B. 38 S. 354) ausgegangen.

Die Verklagten haften daher nach § 29 f. cit. alle für einen und einer für alle[33]) und ihr zweiter Einwand ist mithin unbegründet.

II.

Nach Römischem Rechte[34]) ist der Kaufmann B mit seiner Klage auf Ersatz des Werthes der Wolle mit 700 Thlr. allen drei Verklagten gegenüber abzuweisen.

Auch nach Römischem Rechte ist die erste Erwiederung der Verklagten D und E,

> daß zu der angestellten Klage nicht der Kläger B als bloßer Depositar, sondern nur der Kaufmann A, als Eigenthümer der Wolle, legitimirt sei,

für begründet zu erachten.

Nach der l. 7 § 1 (13. 1) de condictione furtiva[35]) stehen einem Bestohlenen vier verschiedene Rechtsmittel zu, nämlich die actio furti, condictio, vindicatio und actio ad exhibendum.

Da die Erfordernisse in der Person des Klägers, um ihn zur Anstellung der einen oder andern für befugt zu erachten, verschieden sind,

---

33) Daß man eine solche gemeinschaftliche Haftung auch eine solidarische nennt, darüber vgl. Koch, Recht der Ford. § 63 litt. b. S. 16 und § 62 S. 7.

34) Unter dem Ausdruck: „Römisches Recht" ist eigentlich nur das „Justinianische Römische Recht" zu verstehen; es sind jedoch, des praktischen Interesses wegen, die Veränderungen, welche die in Frage kommenden Rechtsverhältnisse im „gemeinen Rechte" erlitten haben, mit berücksichtigt.

35) l. 7 § 1 (13, 1): is, cui furtum factum est, habet actionem furti et condictionem et vindicationem; habet et ad exhibendum actionem.

Digitized by Google

so muß, um eine Grundlage für die Prüfung der Aktivlegitimation des B zu gewinnen, untersucht werden, welche der vier Klagen dem jetzigen Rechtsstreite zu Grunde liegt.

So wie die Klage angestellt ist, auf Ersatz des einfachen Werthes der gestohlenen und verarbeiteten Wolle, kann sie als actio furti nicht angesehen werden, denn diese geht, was das Justinianische Recht betrifft, auf das Vierfache oder Zweifache des Werthes der Sache, jenachdem sie gegen einen fur manifestus oder nec manifestus gerichtet ist, und bei ihrem Charakter als Pönalklage muß die Befugniß des Klägers, sich mit dem einfachen Werthsersatz zu begnügen, geleugnet werden. Für das gemeine Recht ist es unzweifelhaft darum nicht die actio furti, weil jetzt alle objektiven Pönalklagen, soweit öffentliche Strafe an Stelle der Privatstrafe getreten, weggefallen sind.[36])

Aber auch als actio ad exhibendum oder rei vindicatio läßt sich die gegenwärtige Klage nach beiden Rechten nicht charakterisiren.

Als actio ad exhibendum darum nicht, weil diese Klage zunächst blos auf Vorzeigung der Sache geht; freilich kann auch, wenn der Verklagte die Sache dolo malo aus seinem Besitz entfernt hat, das Interesse gefordert werden; jedoch hier ist weder zunächst die Vorzeigung der Sache gefordert, noch in irgend einer Weise dargethan, daß das Interesse des Klägers: daß ihm die Sache nicht vorgezeigt wird, gerade in dem Werthe der Sache bestehe.[37])

Eine rei vindicatio endlich kann es darum nicht sein, weil nicht behauptet ist, daß Kläger Eigenthümer sei und seine auctores ebenfalls Eigenthum gehabt hätten. Dann hätte aber auch bei einer rei vindicatio der Antrag dahin gehen müssen, den Kläger als Eigenthümer der Sache anzuerkennen und folgeweise die Verklagten zur Herausgabe der Sache event. zu der aestimatio zu verurtheilen. Ein solcher Antrag ist aber, abgesehen davon, daß er nicht gestellt ist, hier auch unmöglich, weil das Eigenthum an der Wolle untergegangen, und der Tuchmacher, welcher sie zu Tuch verarbeitet hat, Eigenthümer des neuen Körpers ist. Es bleibt also übrig, zu prüfen, ob condictio ex causa furtiva vorliege und dies ist wirklich der Fall.[38])

---

36) § ult. Instit. (4, 1) de oblig. quae ex del. Savigny, Obligat. Recht Bd. II S. 318. Koch, Recht der Forderungen Bd. I § 36 S. 378.

37) l. 9 § 8 (10, 4) ad exhibendum.

38) Daß der Kläger sie nicht selbst als solche bezeichnet hat, schadet ihm weder nach Justinianeischem, noch nach gemeinem Rechte. Für das Justin. Recht ist dies zwar bestritten. Voet (comment. tit. 13. qu. 8.) hält die Angabe des Namens der Klage für nöthig und Cocceji fordert dies wenigstens

Digitized by Google

Die condictio furtiva geht nämlich nicht blos auf Herausgabe der Sache und Ersatz des weiteren Interesse, wenn das gestohlene Gut noch unverändert in den Händen des Diebes ist, der Eigenthümer also sein Eigenthum daran nicht verloren hat und die Sache vom Diebe vindiziren könnte, sondern sie findet auch dann statt, wenn der Dieb das Gestohlene veräußert oder durch eigentliches Aufzehren oder durch Spezifikation oder sonst dem Eigenthümer die rei vindicatio unmöglich gemacht hat,[39]) und geht dann auf den Ersatz des Sachwerthes. Dies ergiebt sich aus § 26 Instit. (II. 1) de rerum divisione:

> Si tamen alienam purpuram quis intexuit suo vestimento, licet pretiosior sit purpura, accessionis vice cedit vestimento; et qui dominus fuit purpurae, adversus eum, qui surripuit, habet furti actionem et condictionem, sive ipse sit, qui vestimentum fecit, sive alius. Nam extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen a furibus et a quibusdam aliis possessoribus possunt;

verglichen mit l. 8. pr. l. 20. (13. 1) cond. furt.

Ein ähnlicher Fall, wie der des § 26 Instit. liegt hier zur Beurtheilung vor: der Bestohlene fordert, da die Wolle durch Spezifikation aufgehört hat, in rerum natura zu sein, den Ersatz ihres Werthes. Es kommt also darauf an:

wem die condictio furtiva zustehe?[40])

Für das Justinianische Recht antwortet Ulpian darauf in der lex 1 de cond. furt. (13. 1):

> in furtiva re soli domino condictio competit.[41])

Allein wir finden bei den Neueren fast allgemein[42]) die Behauptung,

---

dann, wenn mehrere Klagen aus derselben Thatsache entspringen (Jus. civ. contr. tit. 13 qu. 3).

Dagegen für das gemeine Recht herrscht darüber Uebereinstimmung, daß eine namentliche Bezeichnung der Klage nicht nöthig sei; auch Voet bekennt sich da zur herrschenden Lehre. Lauterbach (Colleg. theor. pract. II. 13 No. XI S. 196) behandelt sogar speziell den Fall, wo aus einer Thatsache mehrere Klagen entspringen und meint, daß auch in diesem Falle die Benennung der Klage nicht nöthig sei. cf. Bayer über Aenderung des Klagelibells § 2.

39) Wächter, Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Würt. Priv. Recht. Heft 2 S. 96.

40) v. Buchholtz, juristische Abhandlungen No. 27 S. 341.

41) Ulpian wiederholt diesen Ausspruch auch in l. 14 § 16 (47, 2) de furtis, in welcher er einen Unterschied der actio furti und condictio furtiva darin setzt, daß erstere auch dem Nichteigenthümer zustehe: condictio autem ei demum competit, qui dominium habet.

42) Thibaut, Pand. § 965 Note k. v. Wening, Lehrbuch des gemeinen Civil-

Digitized by Google

daß außer dem Eigenthümer auch derjenige, welcher die gestohlene Sache als Faustpfand besaß, diese condictio habe. Den Beweis dafür soll bald allein l. 12 § 2 de cond. furt. (13. 1) liefern,[43]) bald wird zur Unterstützung noch l. 22 pr. de pignor. actione (13. 7) citirt.[44]) Eine genauere Betrachtung dieser Stellen widerlegt jedoch die darauf gegründete Behauptung.

Die l. 12 § 2 cit. lautet nämlich:

> Neratius libro Membranarum Aristonem existimasse refert, eum cui pignori res data sit, incerti condictione acturum, si ea subrepta est.

In dieser lex ist also nicht gesagt, dem Pfandgläubiger, dem die zum Faustpfand besessene Sache gestohlen worden, stehe eine condictio furtiva zu, sondern es wird ihm nur eine incerti[45]) condictio zugebilligt, und diese ist wohl eine von der ersteren verschiedene, eigene condictio.[46]) Diese Stelle beweist daher die Ansicht der Gegner nicht im Geringsten. Ebensowenig aber läßt die Behauptung derselben aus der l. 22 pr. cit. sich rechtfertigen:

> Si pignore subrepto furti egerit creditor, totum, quidquid percepit, debito eum imputare Papinianus confitetur; et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. Multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione[47]) consecutus est. Sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori vel condictione, an debito sit imputandum, videamus. Et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est et traditum; et ita Papinianus libro nono Quaestionum ait.

Die Worte furti egerit creditor gehen hier nämlich unbestreitbar auf die furti actio,[48]) welche ja auch im Verlaufe dieser Stelle genannt wird; dagegen soll die condictio, welche hier Ulpianus dem Pfandgläubiger giebt, eben die condictio furtiva sein. Doch diese hier zu supponiren, verbietet der obenerwähnte Ausspruch Ulpians: in re furtiva

---

rechts § 292 Note k. Glück, Kommentar Bd. 13 § 838 S. 222. Seuffert, Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts § 397 Note 8.

43) cf. Seuffert a. a. O.

44) cf. Glück, v. Wening a. a. O.

45) Das incertum bezieht sich auf den Besitz, welcher dem Pfandgläubiger durch den Diebstahl entzogen worden ist. Daß auch der Besitz condizirt werden kann, darüber cf. l. 2 (13. 3) de cond. trit. .... possessionem eum condicere Celsus ait. Roßhirt im Archiv für zivil. Praxis. Bd. 8 S. 25.

46) Vergl. darüber l. 5 § 1 de usufr. earum rerum (7. 5) l. 35 de servit. praed. urb. (8. 2) l. 5 § 1 i. f. l. 8 pr. actione emti vend. (19. 1) l. 2 § 3 de donat. (39. 5).

47) Dionysius Gothofredus bemerkt hierzu: es sei die incerti condictio.

48) Wie z. B. auch in l. 45 pro socio (17. 2).


Digitized by Google

condictio soli domino competit. Wir dürfen auch gar nicht in Verlegenheit sein, welche condictio Ulpianus in der l. 22 cit. gemeint hat, da in der l. 12 § 2 (13. 1) de cond. furt. ausdrücklich die condictio incerti genannt ist. Außerdem können wir noch l. 12 § 5 de usufructu (7. 1)[49]) dafür anführen, daß die furtiva condictio ohne Ausnahme allein dem Eigenthümer zusteht.

Jedoch gibt es mehrere Juristen,[50]) welche behaupten, die condictio furtiva werde in eine certi und eine incerti condictio eingetheilt, und diese letztere stehe dem Pfandgläubiger zu.

Nirgends in den Quellen wird aber diese Eintheilung genannt. Viele angesehene Rechtslehrer[51]) haben daher auch schon diese Eintheilung verworfen; insbesondere aber bemerkt Krug in seinen Selecta de cond. furt. capita[52]) darüber:

> „qui rem furtivam possedit: condictione incerti experiri potest, quae tamen non ex analogia condictionis furtivae, cujus species falso habita est, sed ex reliquarum condictionum ratione judicanda esse videtur.[53])

Wir müssen uns auch umsomehr dafür erklären, daß die condictio furtiva ausnahmelos dem Eigenthümer zustehe, als nach der Vorschrift der l. 10—12 (13. 1) nicht einmal jedem Eigenthümer diese condictio zugebilligt wird, vielmehr nur demjenigen, welcher a) zur Zeit des Diebstahls das Eigenthum an der Sache hatte, auch b) nicht nachher durch eine freiwillige Handlung sein Eigenthum aufgegeben und c) die gestohlene Sache wirklich im Besitz gehabt hat.[54]) Dies Resultat, daß die condictio furtiva nur dem Eigenthümer und nicht auch dem Pfand-

---

49) Julianus libro trigesimo quinto Digestorum tractat: si fur decerpserit, vel desecuerit fructus maturos pendentes, cui condictione teneatur, domino fundi an fructuario? et putat, quoniam fructus non fiunt fructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur, magis proprietario condictionem competere; fructuario autem furti actionem, quoniam interfuit ejus, fructus non esse ablatos. Vergl. Cujacius recitt. in libr. 35. Dig. Salv. Juliani zu dieser Stelle in opp. post. Tom. III. p. 258, dessen Kommentar mit den Worten schließt: condictio soli domino datur.

50) Glück, Kommentar 13 S. 223. Cocceji, J. C. C. p. I. 13. 1. qu. 4. Lauterbach, Coll. th. pr. p. I. 13. 1 no 10. Jo. Voet, comment. 13. 1. qu. 3. Arndts Pandekten § 323.

51) Anton Faber de error. Pragmat. Decad. 81 error 3; Schifordegher ad Ant. Fabrum l. II. tit. 1 qu. 6. Jo. Strauch diss. de cond. furt. cap. 3 § 13. Wildvogel de cond. furt. natura § 8.

52) Dissertatio. Lipsiae 1830. S. 89.

53) Est potius, setzt er in einer Note hinzu, formula condicendi generalis, quemadmodum inter actiones actio in factum, l. 3 de cond. sine causa (12. 7) l. 6. l. 16 (19. 5).

54) Glück, Kommentar Band 13 S. 217 I. Heimbach in Weiske's Rechtslex. S. 902 no VII. Bd. 2. Voet, ad XIII. 1. § 2.

Digitized by Google

gläubiger, diesem auch nicht als condictio furtiva incerti zustehe, muß auch für das gemeine Recht festgehalten werden. Freilich meinen mehrere[55]) Rechtsgelehrte, daß jetzt Jeder, welcher ein Interesse daran habe, daß ihm die Sache nicht gestohlen werde, mit dem Pfandgläubiger gleiche Rechte habe. Allein abgesehen davon, daß die const. ult. § 3 *Cod.* de furtis, worauf man sich beruft, ausdrücklich nur von der actio furti redet, ist jene Behauptung darum unerheblich, weil sie von dem *bereits* widerlegten Irrthume ausgeht, daß der Pfandgläubiger eine condictio furtiva incerti habe.

Wir müssen also jetzt prüfen, ob der Kläger B Eigenthümer der Wolle war, als sie ihm gestohlen wurde, und zu dem Zwecke auch hier auf die Stellung des Kommissionärs del credere eingehen.

Im Justinianischen Recht ist des Kommissionshandels nirgends Erwähnung gethan und es ist wohl als wahrscheinlich anzunehmen, daß der Kommissionshandel erst in späterer Zeit entstanden ist.[56]) Zwar haben auch die Römer durch Andere, insbesondere durch Sklaven und Haussöhne, Setzschiffer oder Disponenten, ihre Handelsgeschäfte besorgen lassen, diese *waren* aber durchaus keine anderen, als die wir heutzutage Faktoren nennen, keineswegs aber die Kommissionäre des heutigen Handelsrechts.[57])

Wir müssen daher untersuchen, ob das Kommissionsgeschäft sich unter ein anderes Rechtsgeschäft des Justinianischen Rechts subsumiren läßt.

Nach den oben (bei I) schon aufgestellten Grundsätzen ist das Kommissionsgeschäft im Justinianischen Recht unter die Regeln vom Mandat zu stellen. Denn es ist 1) auch das Mandat ein Consensualcontract, der durch den Auftrag und die Annahme desselben zu Stande kommt. pr. Inst. (3. 22) de cons. oblig. l. 1 pr. D. mandati v. c. (17. 1) obligatio[58]) mandati consensu contrahentium consistit. 2) Der Mandatar ist gleich dem Kommissionär verpflichtet, alles, was er auf irgend eine Art durch das Mandat gewonnen hat, dem Machtgeber abzuliefern, namentlich die körperlichen Sachen zu tradiren, die erhobenen Gelder

55) Ant. Faber ration. ad lib. 12 § 1 D. (13. 1) p. 438. Voet (13. 1) § 3 i. f. Lauterbach Coll. theor. pr. (13. 1) § 10. Pothier Pand. Justin. 13. 1 no V. not. 6. Merillius expos. in L decis. Justin. no XIII. § 3 p. 36. Huber prael. in Pand. 13. 1 § 3.

56) Faber diss. de mercatura procur. Tubing. 1829. § 9 S. 33.

57) Dieselben unterscheiden sich nämlich dadurch 1) daß der Faktor dem ganzen Handelsgeschäfte vorsteht, der Kommissionär dagegen nur ein oder einzelne Handelsgeschäfte führt. 2) daß der Faktor nur für einen Prinzipal, der Kommissionär dagegen für Mehrere Handelsgeschäfte übernimmt. Faber a. a. O. § 6 S. 26. Jung, Lehrbuch der Handlungs-Wissenschaft § 76. Püttmann, Miscellan. lib. sing. S. 164.

58) Glück, Kommentar Bd. 15 § 951 S. 244.

Digitized by Google

herauszugeben.[59]) Er darf auch dasjenige, was er durch Ueberschreitung der Vollmacht mehr bekommen hat, nicht behalten.[60]) Besonders klar sagt dies die l. 20 mand.:

Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet.

In Folge davon ist der Mandatar verpflichtet, über die Ausführung des Auftrages Rechenschaft, insonderheit über sämmtliche dabei vorgekommene Einnahmen und Ausgaben Rechnung abzulegen.[61]) 3) Ferner ist auch das Mandat einseitig widerruflich, l. 12 § 16 mand. (17. 1).

Si mandavero exigendam pecuniam, deinde voluntatem mutavero, — cessare mandati actionem: quia extinctum est mandatum finita voluntate.[62])

4) Was das Verhältniß des Auftraggebers zu dem dritten Kontrahenten anlangt, so ist auch beim Römischen Mandate die Regel, daß kein unmittelbares Verhältniß entsteht und die aktive und passive Obligation unmittelbar nur auf den Bevollmächtigten geht. [63]) Erst auf Grund der Abtretung der Klage kann der Mandant den dritten Kontrahenten verklagen,[64]) und nur unter gewissen Voraussetzungen ist dem dritten Kontrahenten gegen den Mandanten eine Klage, die actio institoria utilis gestattet.[65]) 5) Der Umstand, daß der Kommissionär die Handelsgeschäfte nur gegen Provision führt, scheint der Anwendung der Regeln vom Mandat zu widerstreben. Denn das Mandat galt den Römern nach einem Ausspruch des Paulus[66]) als ein wesentlich un-

59) l. 8 § 10 mand. (17. 1) proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas.

60) l. 10 § 8 ibid. si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat sine usuris isque non sine usuris crediderit, an etiam usuras mihi restituere debeat, videamus? Et Labeo scribit, restituere eum oportere, etiamsi hoc mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret: quamvis, si periculo suo credidisset, cessaret (inquit Labeo) in usuris actio mandati. Sintenis, Civilrecht II. S. 577.

61) l. 46 § 4 de procurat. l. 10 § 9. l. 56 § 4 (17. 1). Thibaut, Pandekten § 867. Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. 7 S. 22 no 4 und 5. Puchta § 324 no 2. Arndts § 292 no 2.

62) Glück, Kommentar Bd. 15 S. 354. Sintenis, Civilrecht § 113 Bd. 2 S. 579. Heimbach in Weiske Bd. 7 S. 29 no 3. Puchta, Pandekten § 325 no 2. Arndts, § 294 no 2.

63) l. 11 § 6 (13. 7) pign. act. l. 11 O. & A. (44. 7). l. 1 Cod. per quas nob. adqu. (4. 27).

64) Es giebt nur wenige Ausnahmen. l. 79 V. O. (45. 1). l. 27 § 1. l. 28 (3. 3) de procur. l. 68 ibid. l. 1 i. f. l. 2 instit. act. (14. 3). l. 9 § 8 (12. 1) R. C. l. 2 Cod. (4. 27) l. 6 Cod. cond. indeb. Glück, Kommentar Bd. 15 S. 324.

65) Glück, Kommentar Bd. 15 S. 323, 24, 26. Heimbach a. a. O. Bd. 7 S. 25 und 26.

66) l. 1 § 4 mandati v. c. (17. 1).

Digitized by Google

entgeltliches Geschäft und Bezahlung der geleisteten Dienste als mit seiner Natur unvereinbar. Trotzdem aber glauben wir, daß das Kommissionsgeschäft durch das Versprechen einer Provision seiner Mandats-Natur nicht beraubt wird.[67]) Denn auch den Römern war Geschäftsbesorgung gegen eine Belohnung nicht unbekannt und wird von ihnen in allen Stücken, die nicht unmittelbar die Belohnung angehen, nicht anders beurtheilt, als die unentgeltliche.[68])

Paulus will daher vielleicht nur soviel sagen, daß ein Auftrag zur Besorgung von Geschäften gegen Entgelt nicht Mandat zu nennen sei, sondern, wie es in den Institutionen Justinian's heißt, in eine andere Art von Contract übergehe;[69]) und dies heißt wohl wieder, daß die Formel der actio mandati dann auf einen solchen Vertrag nicht passe, wenn von Einklagung des Lohnes die Rede sei, vielmehr für dieses nach vollzogenem Auftrage eine actio extraordinaria gegeben werde.[70])

Denn daß in anderer Beziehung auch bei entgeltlichen Aufträgen (wo nicht etwa gerade die Unentgeltlichkeit selbst der Grund der einzelnen Rechtssätze ist) die actio mandati angewendet wurde, zeigt vor allem die const. 1 Cod. (4. 35) mandati:

> Adversus eum, cujus negotia gesta sunt, de pecunia, quam de propriis opibus vel ab aliis mutuo acceptam erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potes experiri. De salario autem, quod promisit, apud praesidem provinciae cognitio praebebitur.[71])

Nach alledem erscheint es zulässig, das Kommissionsgeschäft unter die Grundsätze vom Römischen Mandate zu stellen. Es fragt sich nur, ob der Kommissionär auch dann als Mandatar zu erachten ist, wenn er del credere steht?

Es ist schon oben erwähnt, daß die Uebernahme des del credere nur in der besonderen Verpflichtung des Kommissionärs besteht, seinem Kommittenten für die Erfüllung des Geschäfts Seitens des dritten Kontrahenten einzustehen. Da dies nun lediglich eine Nebenbestimmung des

67) Glück, Kommentar Bd. 18 S. 73. Pöhls Handelsrecht Bd. 1 S. 250.

68) l. 6 pr. l. 7. l. 10 § 9. l. 56 § 3 (17. 1) mandati. const. 1 Cod. (4. 35) mand.

69) § 13 Instit. de mandato (3. 26).

70) l. 7. l. 56 § 3 mand. const. 1 Cod. (4. 35).

71) Treitschke, Grunds. v. Kommiss.-Handel S. 5 und 6. Püttmann, Misc. S. 165 hält die Provision für ein honorarium und beruft sich auf die l. 6 mand.: si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio, wonach also durch ein Honorar das Wesen des Mandats nicht aufgehoben wird. Glück, Komment. Bd. 15 S. 286. Die Sache ist indessen sehr bestritten cf. Voet, comm. ad Pand. 17. 1 § 2. Heimbach in Weiske Bd. 7 S. 15 no 18. Koch, Recht der Forderungen Bd. 3 S. 525 § 285. Glück, Komment. Bd. 15 S. 286. Morstadt, Komment. über d. Handelsr. § 18. C.

Digitized by Google

Vertrages ist und sich auch im Römischen Rechte durch Nebenabreden im Wesen des Vertrages nichts ändert, so bleibt der Hauptvertrag ein Mandat.[72])

Diese nach den Grundsätzen des Justinianischen Rechts entwickelte Ansicht müssen wir auch für das gemeine Recht aufrecht erhalten, um so mehr, als jetzt das Attribut der Unentgeltlichkeit des Mandats weggefallen ist.[73])

Es ist zwar im gemeinen Rechte sehr bestritten, zunächst, unter welches Rechtsgeschäft der einfache Kommissionshandel unterzuordnen, dann aber, ob die Uebernahme des del credere Einfluß auf den Kommissionär ausübe. Was den ersten Punkt anlangt, so wollen nämlich die ältern Schriftsteller die Regeln vom institor[74]) oder vom Trödler[75]) oder vom locator operarum[76]), die Neueren dagegen die vom Mandatar[77]) auf den Kommissionär angewendet wissen.

Es bedarf keiner eingehenden Widerlegung dieser Ansichten, da es sich für uns ja nur darum handelt, ob der Kläger das Eigenthum der Wolle erworben hat, und man zur Verneinung dieser Frage gelangt, mag man den Kommissionär nach den Vorschriften über den locator operarum, institor, mandatarius oder Trödler beurtheilen, denn keine dieser Personen erwirbt durch die Uebergabe der Sache das Eigenthum daran.

Dies ist zwar für den Trödler streitig, und namentlich ältere Schriftsteller[78]) behaupten, daß durch die Uebergabe Eigenthum übergehe; allein in neuerer Zeit verneinen dies die meisten[79]) Rechtslehrer

---

72) Puchta, Pand. § 263. Sintenis, Civilrecht Bd. 2 § 101 und 116. Arndts Pand. § 249.

73) Holzschuher, Theorie Bd. 3 S. 562. Unterholzner, Schuld-Verh. Bd 2. S. 587 not. d.

74) Mettingh, diss. de mercibus in comm. datis § 2. Ludovici, Kaufm. Lex. Th. 2 p. 489.

75) Pöhls über Innominat-Contracte § 12 Note 100.

76) v. Martens, Grundriß des Handelsrechts § 18 S. 25.

77) Treitschke, Rechts-Gr. § 1. Hiersemenzel, zur Lehre von den Comm.-Geschäften S. 12. Riccius, excercit. XI sect. II § 1 p. 24. Püttmann, Miscell. lib. sing. Lips. 1793. p. 165 cap. 20. Wilda in Weiske's Rechtslex. Bd. 2 S. 711. Mittermaier, Deutsches Priv.-R. Bd. 2 § 551 S. 722.

78) Stryk, Tract. de act. investig. Sect. I Membr. IV § 11. Lauterbach, Coll. th. pr. 19. 3 § 9. J. H. Böhmer, diss. de translat. dom. in contr. aestim. § 33. Madihn, princ. juris Rom. p. II § 233.

79) Glück, Kommentar Bd. 18 S. 68. Cocceji, jus civ. contr. 19. 3 qu. 2. Sintenis II § 117 not. 3 S. 642. Köchy, Meditat. Bd. 1 S. 168.

Digitized by Google

und wir schließen uns wegen l. 17 § 1 D. (19. 5) de praescr. verbis und l. 5 § 3 (13. 6) commodati dieser letzteren Ansicht an.

Anlangend den zweiten Punkt, welchen Einfluß die Uebernahme des del credere übe, wird behauptet,[80]) daß auf den Kommissionär del credere das Eigenthum der Waare sofort übergehe. Dies beruht aber auf der doppelten falschen Voraussetzung, daß durch das del credere Stehen aus dem Kommissionsgeschäft ein Trödelvertrag werde, und daß dieser Kontrakt die sofortige Uebertragung des Eigenthums wirke. Diese letztere Voraussetzung ist schon oben als verwerflich bezeichnet; aber auch die erstere können wir nicht als richtig zugeben.

Denn auch nach gemeinem Rechte gilt der Grundsatz, daß Nebenverträge die Natur des Hauptgeschäfts nicht ändern. Mithin hebt dieser Nebenvertrag z. B. die einseitige Widerruflichkeit des Mandats nicht auf und befreit ebensowenig den Kommissionär von der Pflicht, auch das, was er über das Limito erlangt, dem Kommittenten zu berechnen und abzuliefern.[81]) Dies widerspricht aber wesentlich der Natur des Trödelvertrages, welcher nur durch Einwilligung beider Theile wieder aufgehoben werden kann, und wobei ein höherer Preis, als der einmal festgesetzte niemals zu gewähren ist.[82])

Das Resultat dieser Erörterungen ist, daß Kläger B als Verkaufs-Kommissionär del credere weder nach Justinianischem Rechte, wo er als Mandatar anzusehen, noch nach gemeinem Rechte, mag man ihn hier für einen institor oder locator operarum oder Trödler oder Mandatar halten, — Eigenthümer der Wolle gewesen ist.

Er kann mithin nicht als zur Anstellung der condictio furtiva legitimirt erachtet werden.

Vielmehr erscheint allein der Kaufmann A berechtigt, diese Klage anzustellen, denn in seiner Person treffen die oben aufgestellten drei Erfordernisse der Sachlegitimation zur condictio furtiva zusammen. Aus dem über die Stellung des Kommissionärs del credere Gesagten erhellt, daß er das Eigenthum der Wolle behielt; er war also der Eigenthümer zur Zeit des Diebstahls.[83]) Ferner hat er das Eigenthum nicht

80) Riccius, exercitt. XI sect. II § 12 S. 31.

81) Dies giebt Riccius selbst zu a. a. O. § 15 S. 32.

82) Treitschke, § 10 S. 29.

83) Daß der Kommittent Eigenthümer der Verkaufswaare bleibt, ist auch in der ihm zugestandenen Befugniß anerkannt, daß derselbe die Waaren aus dem Konkurse des Kommissionärs vindiziren kann. Püttmann, l. c. S. 173. Riccius, l. c. § 8. Wilda, l. c. Bd. 2 S. 715 no IX. Morstadt, l. c. S. 43. Mittermaier, Bd. II § 551 no II und § 552 no XIII. Treitschke, § 12 S. 33. Bender, Priv.-Recht S. 288.

Digitized by Google

durch eine freiwillige Handlung aufgegeben, vielmehr ist dasselbe ohne sein Wissen und ohne seinen Willen durch die Verarbeitung auf den Tuchmacher übergegangen.[84]) Endlich hatte er auch zur Zeit des Diebstahls die Wolle wirklich im Besitz, denn der Kläger B hatte sie nur in seinem Namen in der Gewahrsam.[85])

Der erste von D und E aufgestellte Einwand,

daß nicht der Kläger, als bloßer Depositar[86]), sondern nur A als Eigenthümer der Wolle zur Anstellung der Klage legitimirt sei,

erscheint daher begründet und somit rechtfertigt sich die Abweisung des Klägers den Verklagten D und E gegenüber.

Was den Dieb C betrifft, welcher sich auf die Klage nicht eingelassen hat, so muß die Klage gegen ihn ebenfalls zurückgewiesen werden. Denn nach Justinianischem,[87]) wie nach gemeinem Rechte[88]) hat die contumacia des Beklagten die Folge, daß er durch den Verlust seiner Exceptionen und seines Gegenbeweises gestraft, dem Kläger aber die einseitige Fortsetzung der Sache gestattet, jedoch auch noch der Beweis des Klagegrundes, als hätte sich der Beklagte negativ eingelassen, auferlegt wird.

Dieser Klagegrund wird durch die Gesammtheit der Bedingungen

---

84) l. 12 pr. (13. 1) de cond. furtiva.

85) Lauterbach, Colleg. theor. pract. 13. 1 no VIII.

86) Die Bezeichnung des Klägers als Depositar ist nicht ganz correct. Ein Depositum hat den ausschließlichen Zweck, daß die Sache aufbewahrt und zu jeder Zeit in specie restituirt werde. Sobald aber hauptsächlicher Zweck des Vertrages Handlungen sind und die Pflicht zur Aufbewahrung nur nebenherläuft, geht der Vertrag in ein Mandat mit einer lex custodiae über. Bei der Verkaufs-Kommission sind Handlungen aber Hauptzweck, es kann also von einem Depositum nicht wohl die Rede sein. Kläger B ist lediglich Mandatar. Luden, in Weiske's Rechtslex. Bd. 3 S. 314. Thibaut, Pand. § 891 Note f. Puchta, Pand. § 321. Sintenis, Civilrecht Bd. II § 112. Lauterbach, Coll. th. pr. 16. 3 qu. 14. — Diese falsche Bezeichnung schadet aber den Verklagten nichts, denn der Richter hat von Amtswegen die Legitimation des Klägers zu prüfen, es wäre also auch, wenn die Verklagten gar nichts erwiedert hätten, die Berechtigung des Klägers zur Klaganstellung untersucht worden. Heffter, Civilproz. § 106 S. 118. v. Linde, Civilproz. § 116 no 3. Gesterding, Nachforsch. S. 125.

87) v. Bethmann-Hollweg, Civilprozeß I § 27 S. 291. v. Keller, röm. Civilprozeß 1855. § 69 S. 290.

88) v. Linde, Civilprozeß § 230. Glück, Komment. Bd. 3 S. 257. Heffter, Civilproz. § 360 S. 448. R. G. O. von 1555 III 43. Jüngster R. Absch. §. 36. C. K. G. O. III 52 § 3.

Digitized by Google

des Klagerechts gebildet; eine der hauptsächlichsten dieser Bedingungen ist aber die Sachlegitimation.[89])

Der Klagegrund besteht nämlich nicht blos aus den objektiven Merkmalen des Rechtsverhältnisses, sondern ebenso aus der subjektiven Verbindung mit dem Kläger, weil ein Rechtsverhältniß nicht in abstracto existirt, vielmehr nur da ist als das Recht einer bestimmten Person. Erst durch den Nachweis dieser subjektiven Verbindung wird die Existenz eines Rechts dargethan.

Diese Existenz ist, da nur ein daseiendes Recht verletzbar ist, nothwendige Bedingung für die Behauptung der Verletzung des Rechts, mithin auch für die Befugniß zur Anstellung der Klage gegen die Verletzer des Rechts, weil nur ein verletztes Recht durch Klage verfolgt werden kann. Der Nachweis dieser Existenz des Rechts in der Person des Klägers ist die Aktivlegitimation; wird sie nicht geführt, d. h. jener Nachweis nicht erbracht, so ist ein wesentlicher Theil des Klagegrundes nicht erwiesen und daraus folgt die Abweisung des Klägers auch ungeachtet der Kontumaz des Beklagten.[90])

Nach den obigen Ausführungen ist der Kläger B nicht aktiv legitimirt; er wird also nach Justinianischem, wie nach gemeinem Rechte auch dem C gegenüber abzuweisen sein.

Hiernach kommt es auf den zweiten Einwand der Verklagten D und E., daß sie an der durch C verübten Entwendung der Wolle, wodurch Kläger beschädigt worden, keinen Theil genommen hätten, also auch nicht solidarisch mit dem C hafteten, nicht weiter an; aus dem bereits oben angegebenen Grunde aber wollen wir ihn mit erörtern.

Eine Vorfrage für die Prüfung des Einwandes ist die, ob die Verklagten D und E überhaupt mit der condictio furtiva belangt werden können.

In Bezug darauf finden sich die Bestimmungen in l. 5 (13. 1) de condict. furt.:

> Nunquam ea condictione alius, quam qui fecit, tenetur, aut heres ejus und im § 19 Inst. (4. 1) oblig. quae ex del.: condictio adversus furem ipsum heredemve ejus competit.

Hiernach scheint es, als wäre die condictio nur gegen den Dieb und nicht auch gegen den Hehler D und E zulässig.

---

89) v. Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses 1827 no II S. 89.

90) Förster, Klage und Einrede S. 44. l. 13 § 3 (3. 1) Cod. de jud. — — et, si obnoxius fuerit inventus, etiam contra absentem promere condemnationem non cesset. l. 1 Cod. (7. 43) quomodo et quando. l. 52 § 18 pro socio (17. 2) l. 27 § 2 (40. 12) liber. causa.

Digitized by Google

Wie aber aus dem § 4 Inst. l. c. hervorgeht, wurde im Römischen Rechte der Hehler als fur nec manifestus angesehen, denn es heißt dort:

omnes, qui scientes rem furtivam susceperint, et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.

Somit können, weil die condictio furtiva nach lex 10 pr. (13. 1) de cond. furt. sowohl gegen den fur manifestus, wie gegen den nec manifestus gestattet ist, auch die Hehler mit dieser condictio belangt werden. Unsere Ansicht wird unterstützt durch die constit. 14 Cod. (6. 2) de furtis:

eos, qui a servo furtim ablata scientes susceperint, non tantummodo de susceptis convenire, sed etiam poenali furti actione potes.

Ist hierin auch nicht direkt ausgesprochen, daß eine condictio furtiva gegen die Hehler zulässig sei, so ist doch das: susceptis convenire potes wohl nur auf diese condictio zu beziehen, da das convenire de susceptis gerade der actio furti poenalis entgegengesetzt wird. Wird aber in den Justinianischen Rechtsquellen zwischen der reipersekutorischen Klage und der Pönalklage aus dem furtum unterschieden, so werden stets die actio furti und die condictio furtiva einander gegenüber gestellt.[91])

Auch im gemeinen Rechte kann die condictio furtiva gegen den Hehler gerichtet werden. Denn die Veränderungen, welche das Kriminalrecht erlitten hat, berühren das Civilrecht in keiner Weise. Wenn daher auch der Hehler im gemeinen Kriminalrecht nur als Begünstiger bestraft wird, civilrechtlich gilt er noch immer als fur nec manifestus und die condictio furtiva ist gegen ihn zulässig.

Daraus, daß diese condictio überhaupt gegen die Verklagten D und E gerichtet werden kann, folgt denn auch, daß D und E solidarisch haften.

Obgleich nämlich die condictio ex causa furtiva keine Klage aus dem Delikt ist, sondern ihr Fundament das allgemeine der condictiones sine causa: die Thatsache der grundlosen Bereicherung eines Andern ist,[92]) obgleich also danach mehrere Verklagte jeder nur für seinen Antheil haften sollten,[93]) so findet sich doch dabei die Eigenthümlichkeit,

91) z. B. in l. 14 § 16 (47. 2) de furtis. l. 12 § 5 de usufr. (7. 1) § 19. Instit. (4. 1) oblig. quae ex delicto.

92) Es ist zwar streitig (vergl. die Nachweisung bei Glück, Kommentar Bd. 13 S. 231 — Franke, Beiträge S. 31 fg. — Krug, sel. capita cap. I) ob die condictio furtiva nicht eine Deliktsklage ist. Seit den trefflichen Ausführungen Savigny's (System V S. 551 fg.) findet die im Text aufgestellte Meinung über die Natur der cond. furtiva nur schwachen Widerspruch. Vgl. auch Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts I S. 222. Vangerow, Pand. Bd. 3 S. 555. Heimbach in Weiske, Bd. 2 S. 902.

93) Savigny, System V S. 563.

Digitized by Google

daß, wenn Mehrere einen Diebstahl verüben, dieselben solidarisch haften.[94])

Denn die lex 1 Cod. (4. 8) de cond. furt. bestimmt:

> praeses provinciae, sciens furti quidem actione singulos quosque in solidum teneri, condictionis vero numorum furtim subtractorum electionem esse, ac tum demum, si ab uno satis factum fuerit, ceteros liberari, jure proferre sententiam curabit.

Haben also auch die Verklagten D und E nicht unmittelbar an der Entwendung Theil genommen, so müssen sie, da sie unter den Begriff fur nec manifestus fallen, mehrere Hehler also als plures fures anzusehen sind, doch für solidarisch mit dem C. haftend erachtet werden.

Der zweite Einwand ist daher als unbegründet zu verwerfen.

---

94) Diese Eigenthümlichkeit erklärt sich daraus, daß die nothwendige Veranlassung zu der condictio furtiva — nicht etwa ihr Fundament ein Delict ist und dieser Umstand nicht ohne Einfluß auf die Theorie derselben bleiben konnte. Lauterbach, Coll. theor. pr. cond. furt. (13. 1) § V und § 35 in diss. acad. vol. III p. 963: condictionem furtivam esse actionem, quae quidem ob delictum datur, sed non ex illo nascitur, ita ut delictum tantum sit causa sine qua non hujus actionis, non autem vera causa efficiens.

Nr. 3.

Bemerkungen über die Behandlung der im Kaufgelderbelegungstermine für die unbekannten Interessenten anzulegenden Specialmassen.

Von dem Kreisrichter Moeller in Mehlauken in Ostpreußen.

Das Verfahren in Betreff der Specialmassen, welche im Kaufgelderbelegungstermine für die unbekannten Interessenten eingetragener Realrechte angelegt werden, hat seinen Ursprung in der Subhastations-Verordnung vom 4. März 1834. Nachdem dieselbe den Kaufgelder-Liquidationsprozeß der Allgemeinen Gerichts-Ordnung (Th. I Tit. 51 Abschn. 1) und das mit demselben verbundene Präklusionsverfahren hinsichtlich der Realgläubiger beseitigt hatte, entstand die Nothwendigkeit, die Ansprüche derjenigen eingetragenen Gläubiger, welche ihre Rechte nicht wahrgenommen hatten, bei Ausschüttung der Kaufgeldermasse von Amtswegen zu berücksichtigen. Es geschah dieses durch Zurückbehaltung des, auf den Ausbleibenden fallenden Theils der Kaufgelder. Was weiter mit dieser Specialmasse geschehen sollte, ließ die Verordnung vom 4. März 1834 noch unbestimmt. Lediglich ein Erzeugniß der Praxis

Digitized by Google

und erlassen, um einem dringenden Bedürfnisse abzuhelfen,[1]) hatte dieselbe auch zunächst nur den einen Fall im Auge, wenn der, übrigens bekannte Gläubiger im Termine ausblieb, also die spätere Ausschüttung der Masse mit keinen Schwierigkeiten verbunden zu sein schien.[2]) Wenn dagegen der Gläubiger überhaupt unbekannt war, oder sich nicht legitimiren konnte, sollte nach der Ansicht des Justiz-Ministers[3]) den allgemeinen Bestimmungen der §§ 19 ff. Tit. 18 Th. II A. L. R. gemäß verfahren, also eine Abwesenheits-Kuratel eingeleitet werden.

Die Erwägung, daß bei diesen Specialmassen nicht blos die unbekannten Interessenten der Post selbst, sondern nach ihnen auch die, bei der Subhastation ausgefallenen Gläubiger und der Subhastat betheiligt seien, daß es daher eines besondern Verfahrens zur Beseitigung dieser Specialmassen bedürfe, fand erst durch Erlaß der Verordnung vom 21. Oktober 1838 in der Gesetzgebung Anerkennung. Die betreffenden Bestimmungen der Verordnung von 1834 blieben in Kraft, aber ihnen wurde durch das neue Prinzip der Verordnung von 1838 gewissermaaßen ein andrer Geist eingehaucht, zu dem die Fassung nicht ganz passen wollte.

Die Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 hat im 5. Titel die Vorschriften für das Kaufgelderbelegungsverfahren und für das Aufgebot der Specialmassen, jedoch in zwei gesonderten Abschnitten, codificirt. Wenn auch mit erheblichen Abweichungen, ist doch im Allgemeinen das alte Recht beibehalten und insbesondere schließt sich der dritte Abschnitt an die Verordnung vom 4. März 1834 nicht nur in Ansehung des Inhalts, sondern auch zum großen Theil in Oekonomie und Fassung an.

Hiernach ist es erklärlich, daß der innere Zusammenhang des vierten Abschnitts mit den, auf die Anlegung der Specialmassen bezüglichen Vorschriften des dritten Abschnitts nicht so offen dargelegt ist, wie es bei einem, aus einem Gusse hervorgegangenen Gesetze der Fall sein müßte, und daß gleichzeitig auch die etwas skizzenhafte Darstellung der Verordnungen von 1834 und 1838 hindurchblickt. Die weitere Ausführung ist der Wissenschaft und der Praxis vorbehalten. Die folgenden Erörterungen sollen hierzu einen Beitrag liefern.

I.

Im Kaufgelderbelegungstermine ist die Thätigkeit des Richters in Betreff der von Amtswegen zu berücksichtigenden Ansprüche eine zwie-

---

1) Vgl. Konkurs-Ordnung von Wenzel und Klose S. 454.
2) Vgl. Rescr. v. 27. Juni 1834. Ergänz. 3. Ausg. Bd. 8 S. 376.
3) S. das Rescr. unter Note 2 und Rescr. v. 9. Januar 1835 a. a. O.

Digitized by Google

sache: er hat den, auf die Post fallenden Theil des Kaufgeldes festzustellen und den so festgestellten Betrag zur gerichtlichen Aufbewahrung zurückzubehalten. Dies bestimmt im Allgemeinen der § 386 der Konkurs-Ordnung, während der § 390 eine specielle Vorschrift über Berechnung jenes Betrages enthält. Beide Paragraphen behandeln ihrem Wortlaut nach nur den Fall, wenn ein eingetragener Gläubiger im Termine ausbleibt, wogegen der § 388 alin. 3 allgemein anordnet:

„Die auf eingetragene Posten zu zahlenden Beträge, deren gegenwärtige Eigenthümer unbekannt sind, oder zu welchen sich kein legitimirter Empfänger meldet, werden auf Gefahr und Kosten der betreffenden Gläubiger als Specialmassen in gerichtlicher Aufbewahrung zurückbehalten."

Aus dieser ungleichmäßigen Ausdrucksweise könnte man schließen, daß der Richter nur dann von Amtswegen für ein eingetragenes Recht zu liquidiren habe, wenn sich Niemand zur Post meldet, daß dagegen, sobald überhaupt Jemand als Inhaber des eingetragenen Rechts auftritt, diesem allein die Liquidation zu überlassen, und erst bei der Auszahlung der Beträge seine Legitimation von Amtswegen zu prüfen sei.

Die Konsequenzen dieser Auffassung sind äußerst bedenklich. Nehmen wir an, statt des eingetragenen Gläubigers, welcher in der That noch Eigenthümer der Post ist, erscheint ein Anderer, der sich für dessen Cessionar oder Erbe ausgiebt und erklärt, er sei bereits theilweise oder wohl gar schon ganz befriedigt; oder der sonst legitimirte Inhaber der Post, welcher dieselbe jedoch weiter cedirt hat und daher nicht mehr im Besitz des Dokuments ist, giebt eine solche Erklärung ab. Soll deshalb die Post leer ausgehen?

Die hier in Frage kommende Fassung der §§ 386 und 390 cit. ist den §§ 16 und 18 der Verordnung vom 4. März 1834 entnommen. Schon dieser Umstand verdächtigt jene Auslegung, wenn man erwägt, daß diese Verordnung nur zur Abhilfe eines dringenden Bedürfnisses und daher zunächst nur für die Fälle erlassen ist, in denen sich gerade das Bedürfniß gezeigt hatte. Es ist schon oben darauf hingewiesen, daß die Bestimmungen der Verordnung von 1834 in Betreff der Specialmassen in Folge der später zur Geltung gekommenen neuen Rechtsanschauung eine andre Bedeutung erlangt haben. Es scheint auch nicht bedenklich, anzunehmen, daß die, allerdings nur für den Fall gegebene Vorschrift, wenn der eingetragene Gläubiger im Termine ausbleibt, in der Praxis auf gleichartige Fälle angewandt ist. So spricht sich das Rescript vom 9. Januar 1835[4]) dafür aus, daß eine eingetragene Post

---

4) S. Note 3.

Digitized by Google

von Amtswegen bei der Kaufgeldervertheilung in Ansatz gebracht werden soll, auch wenn der angebliche, aber nicht legitimirte Cessionar des eingetragenen Gläubigers im Termine erschienen ist.

Die citirte Vorschrift des § 388 dagegen ist neu, und es läßt sich vermuthen, daß diese neue Fassung auch die Intention des Gesetzgebers besser wiedergebe, als die aus der Verordnung von 1834 entlehnte, wenn auch die Vorschrift zunächst einen andern Fall betrifft. Diese Vermuthung wird aber zur Gewißheit, sobald wir uns das Prinzip klar gemacht haben, welches, von dem Gesetzgeber von 1834 mehr geahnt, erst in der neuen Konkurs-Ordnung Ausdruck erhalten hat.

Die §§ 384 und 385 der Konkurs-Ordnung unterscheiden zwischen den Realforderungen, welche aus dem Hypothekenbuch ersichtlich sind und denen, die es nicht sind. Nur die Inhaber der Letzteren werden im Subhastationspatent aufgefordert sich zu melden. Aber auch die Meldung entbindet sie nicht von dem Erscheinen im Kaufgelderbelegungstermine. Das Präjudiz der Präklusion trifft alle nicht eingetragenen Realgläubiger, die bekannten, wie die unbekannten (§ 386). Die eingetragenen Gläubiger dürfen sich nicht melden. Ihre aus dem Hypothekenbuch ersichtlichen Rechte werden in allen Fällen durch den Richter von Amtswegen wahrgenommen, in welchen sie nicht durch ihr Erscheinen im Termine denselben von dieser Pflicht entbinden. Der Richter kann sich dieser Pflicht aber erst dann entbunden wissen, wenn sich derjenige, welcher sich zu einer Post meldet, ihm gegenüber als Inhaber dieser Post ausweist. Insoweit dieses nicht geschieht, ist dem Richter der wahre Inhaber der Post unbekannt und wir gelangen somit zu dem Schluß, daß die Fassung im § 388:

„Posten ....., deren gegenwärtiger Eigenthümer unbekannt ist"

für alle Fälle zutreffend ist. Den Zusatz:

„oder zu welchen sich kein legitimirter Empfänger meldet"

darf man deßhalb nicht für überflüssig halten, weil er sehr gut auf den Fall bezogen werden kann, wenn der Komparent zwar zu den, im Termine abzugebenden Erklärungen, nicht aber zur Empfangnahme des Percipiendums legitimirt ist.

In allen Fällen, in denen nach dem Vorstehenden eine Specialmasse für ein eingetragenes Recht angelegt ist, tritt auch das, im vierten Abschnitt vorgeschriebene Aufgebotsverfahren ein. Die Fassung des § 405:

„Wenn bei der im Falle der nothwendigen Subhastation stattfindenden Vertheilung der Kaufgelder sich Niemand mit Ansprüchen auf eine bestimmte, zur Hebung gelangende Hypothek oder andere Realforderung gemeldet hat, oder wenn der Gläubiger sich nicht durch Vorlegung

Digitized by Google

des Hypothekendokuments legitimiren kann, so ist den unbekannten Interessenten von dem Subhastationsgericht ein Kurator zu bestellen."

giebt zwar der Vermuthung Raum, daß wenn der Legitimationsmangel einen andern Grund hat, als den Nichtbesitz des Dokuments, das Aufgebot nicht stattfinde. Aber diese Fassung ist beinahe unverändert aus § 1 der Verordnung vom 21. Oktober 1838 in die Konkurs-Ordnung übergegangen, und es gilt von diesem Gesetze dasselbe, was von der Verordnung von 1834 oben gesagt ist. Es sind nur die am häufigsten vorkommenden Fälle hervorgehoben. Sollte das Aufgebot in den übrigen Fällen nicht erfolgen, so könnte mit den Specialmassen schließlich nur nach § 391 des Anhanges zur Allgemeinen Gerichts-Ordnung verfahren werden. Aber, wie bereits bemerkt ist, beruhte die Verordnung von 1838 eben auf der neuen, in der Konkurs-Ordnung anerkannten Rechtsanschauung, daß an diesen Specialmassen auch noch andre Subhastationsinteressenten einen, wenn auch nur eventuellen, Anspruch haben. Dieses trifft aber in allen Fällen zu, wo sich kein legitimirter Inhaber der Post meldet, überhaupt bei jeder, mit einem Kaufgelderantheil angelegten Specialmasse.

II.

So oft nun der Subhastationsrichter die Rechte eines eingetragenen Gläubigers von Amtswegen wahrzunehmen hat, muß dieses auch in vollem Umfange geschehen, d. h. soweit überhaupt in der Subhastation ein Anspruch an das Kaufgeld gemacht werden kann, und dieser Anspruch gleichzeitig aus dem Hypothekenbuch hervorgeht.

Diesen Grundsatz hat die Kommission des Abgeordneten-Hauses, aus deren Mitte der § 390 der Konkurs-Ordnung in seiner jetzigen Gestalt hervorgegangen ist, sehr richtig erkannt. Die Motive der Kommission deuten aber gleichzeitig die natürliche Grenze an, über welche die amtliche Fürsorge für die eingetragenen Rechte nicht hinausgehen dürfe. Es heißt daselbst:

„Rücksichtlich der Kosten ist es allerdings richtig, daß man bei Vertheilung der Kaufgelder nicht vermuthen kann, daß einem Gläubiger solche erwachsen sind, und wenn ihm die Vorrechts-Ordnung gleiches Recht wegen der Kosten mit seiner Kapitalsforderung einräumt, so kann dieses Recht doch nur berücksichtigt werden, wenn er eben angezeigt und nachgewiesen hat, welche Kostenforderung ihm zusteht."

Was hier von den Kosten gesagt ist, gilt allgemein. Wenn für einen Anspruch durch Eintragung des Rechtsverhältnisses, aus welchem er entsprungen ist, oder des Rechts, als dessen Accidenz er erscheint, das Hypotheken- und Vorrecht begründet wird, so ist er deßhalb noch

Digitized by Google

nicht als eingetragenes Recht von Amtswegen zu berücksichtigen. **Dazu** ist erforderlich, daß der Anspruch selbst durch das Hypothekenbuch **oder** die darin bezogene Urkunde unmittelbar begründet werde.

Enthalten die Worte des § 390:

> „Auf Kosten, welche nicht liquidirt worden sind, wird keine Rücksicht genommen.“

nur die Anerkennung eines allgemeinen Grundsatzes, so dürfen dieselben auch nicht auf solche Kosten bezogen werden, welche bereits ihrem Betrage nach eingetragen sind. Ebensowenig darf man aus dem Zusatz:

> „welche nicht liquidirt worden sind“

den Schluß ziehen, daß bereits früher zu den Subhastationsakten liquidirte Kosten allerdings berücksichtigt werden sollen. Denn auch der eingetragene Gläubiger wird hinsichtlich desjenigen Theils seiner Forderung, welcher nicht aus dem Hypothekenbuch hervorgeht, dem nicht eingetragenen Gläubiger gleich geachtet: er wird präkludirt, möge er diesen Anspruch bereits angemeldet haben oder nicht.

Die Ausführung des § 390 cit. wird da Schwierigkeit verursachen, wo die in Ansatz zu bringenden Präſtationen nicht in Geldleistungen bestehen, auch ihr Werth nicht bereits im Hypothekenbuche vermerkt oder in der die Eintragung begründenden Urkunde bestimmt ist. Die Ansicht, daß es in einem solchen Falle der Zuziehung von Sachverständigen bedürfe, oder gar, weil dieses nicht sofort angänglich, eine Aussetzung des Termins erfolgen müsse, ist mit Recht schon früher vom Justiz-Minister verworfen worden.[5]) Der Kommissar des Kaufgelderbelegungstermins vertritt hier die Stelle eines Officialvertreters der abwesenden Interessenten. Er wird daher nach bestem Ermessen und unter Benutzung der im Termine eingezogenen Erkundigungen, falls hierzu eine Gelegenheit sich darbietet, die in Rede stehenden Werthbestimmungen selbstständig treffen. Im Zweifel wird er dieselben eher etwas zu hoch als zu niedrig annehmen, da es ja den Betheiligten unbenommen bleibt, gegen die Höhe der Positionen Widerspruch zu erheben und so die Entscheidung darüber im Wege des Prozesses herbeizuführen. Hierbei hat der Kommissar nur ein grobes Versehen zu vertreten (§ 234 ff. Tit. 13 Th. I A. L. R.).

Hervorzuheben ist der Fall, wenn der Inhaber eines Altentheils im Kaufgelderbelegungstermine ausbleibt. Handelt es sich nur um die Berechnung der laufenden und rückständigen Präſtationen, so werden dabei wol nur die auf Lieferung fungibler Sachen gerichteten Leistungen zu berücksichtigen sein, diejenigen Verpflichtungen hingegen, welche in

---

5) Rescr. v. 24. April 1839. Ergänz. 3. Ausg. Bd. 8 S. 421.

Digitized by Google

Leistung einer Handlung oder Gestattung einer Nutzung des verhafteten Grundstücks bestehen, außer Ansatz bleiben müssen. Denn der Anspruch auf Nachlieferung jener Prästationen, von denen das Gesetz den allgemeinen Grundsätzen entsprechend nicht vermuthet, daß sie geleistet sind, wird unmittelbar durch den im Hypothekenbuch bezogenen Altentheilskontrakt, also durch jenes selbst begründet. Nicht so bei den andern Leistungen. Sind dieselben nicht gewährt, so handelt es sich nicht mehr um deren nachträgliche Gewährung, sondern um Leistung des Interesse. Dieser Anspruch hat aber andre thatsächliche Voraussetzungen, welche nicht aus dem Hypothekenbuche hervorgehen, wenn auch die Hypothek selbst dafür haften würde.

Wenn dagegen neben den laufenden und rückständigen Prästationen der Altentheil selbst Gegenstand der Liquidation ist, weil der Ersteher denselben nicht übernommen hat, so wird bei Feststellung des Jahreswerthes der ganze Umfang der im Altentheilskontrakt enthaltenen Verpflichtungen in Rechnung zu bringen sein, ein Satz, der freilich in der Ausführung auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen kann, so daß man sich häufig doch wird genöthigt sehen, einzelne dieser Verbindlichkeiten unberücksichtigt zu lassen, weil eine auch nur ungefähre Schätzung absolut unmöglich ist. Was nach Feststellung des Jahreswerthes weiter geschehen soll, könnte zweifelhaft sein, wenn man den alten Streit, ob der Altentheil eine Reallast sei, hier hineinbringen und von der Entscheidung desselben es abhängig machen wollte, ob der § 52 oder 62 der Konkurs-Ordnung zur Anwendung kommen soll. Indessen mag jene Controverse anderweitig einen praktischen Boden haben, hier ist es unzweifelhaft, daß für die Liquidation im Kaufgelderbelegungstermine die Behandlung des Altentheils eine wesentlich verschiedene sein muß von der der im Gesetz vom 2. März 1850 erwähnten Reallasten. Diese sind **beständige** Abgaben und Leistungen, mithin kann ihr Kapitalswerth im Voraus bestimmt werden; sie sind nur objektiv-dinglich und hören mit der Befreiung des verhafteten Grundstücks überhaupt auf; sie müssen abgelöst werden sowohl auf Antrag des Berechtigten als des Verpflichteten. Der Kapitalswerth eines Altentheils läßt sich nicht bestimmen, da er von der Lebensdauer des Berechtigten abhängig ist. Eine Aufhebung des Altentheils gegen Entschädigung ist wider den Willen des Altsitzers nicht zulässig, und ihm haftet neben dem Grundstücke auch noch derjenige, welcher sich zur Gewährung desselben verpflichtet hat. Auch wenn daher der Ersteher die Last nicht übernimmt, so bleibt das Recht des Altsitzers im Wesentlichen bestehen, nur daß derselbe sich nicht mehr an das Grundstück, sondern statt dessen nur an das Kaufgeld halten kann. Es wäre

Digitized by Google

möglich, daß der ursprünglich Verpflichtete den Altentheil bis zum Tode des Berechtigten fortgewährte, also das Kaufgeld unversehrt bliebe und demnächst frei würde.

Aus Allem diesem ergiebt sich, daß im vorliegenden Falle nicht von einer Ablösung des Altentheils durch Kapital, wie es der § 52 cit. in Betreff der Reallasten voraussetzt, die Rede sein kann, sondern daß aus den Kaufgeldern nur ein Kapital zur Deckung zurückbehalten werden dürfe, welches nach dem Tode des Altsitzers, soweit es noch vorhanden ist, an diejenigen Gläubiger, welche einen Ausfall erlitten haben, event. an den Subhastaten fällt.

III.

Der § 387 der Konkurs-Ordnung bestimmt alin. 2:

> „Demnächst haben sich die Interessenten über die Ansprüche, welche an die Kaufgelder gemacht werden oder aus dem Hypothekenbuch hervorgehen, und über das dafür verlangte oder aus dem Hypothekenbuch hervorgehende Vorrecht zu erklären."

Es fragt sich zunächst, welcher Nachtheil die Interessenten trifft, welche sich über die bloß aus dem Hypothekenbuch hervorgehenden, also von Amtswegen gemachten Ansprüche nicht erklären wollen. Im Allgemeinen gilt ein im Kaufgelderbelegungstermine erhobener Realanspruch, dem nicht widersprochen wird, als richtig. Die Interessenten, welche sich über denselben nicht erklären, werden mit ihren Einwendungen dagegen präkludirt. Wollte man diese Regel auch auf die von Amtswegen berücksichtigten Forderungen anwenden, so käme man zu dem Schluß, daß die Interessenten bei dem spätern Aufgebotsverfahren (§ 413) mit Einwendungen gegen die Richtigkeit der Post, deren Vorrecht oder Hypothekenrecht, insofern sie dagegen nicht schon im Kaufgelderbelegungstermine Einspruch erhoben haben, nicht ferner gehört werden dürfen. Diese Annahme ergiebt sich sofort als nicht haltbar, wenn man erwägt, daß ein solcher Rechtsnachtheil im Gesetze hätte ausdrücklich vorgeschrieben werden müssen. Dieses ist nicht geschehen; im Gegentheil muß man aus dem Umstande, daß bei dem Aufgebotsverfahren gerade diejenigen Subhastationsinteressenten ohne Unterschied zugezogen werden, welchen ein Widerspruchsrecht zustand,[6]) folgern, daß der Gesetzgeber eine solche Präklusion nicht beabsichtigt habe. Auch ist der in Rede stehende Fall demjenigen, für welchen obige Regel gilt, nicht analog. Denn das Gesetz stellt denjenigen Interessenten, welche sich über einen an die Kaufgelder gemachten Anspruch nicht erklären wollen, keineswegs ausdrücklich

6) §§ 411. 392 der Konkurs-Ordnung.

Digitized by Google

ein Präjudiz, sondern nur stillschweigend, indem es bestimmt, daß die unstreitigen Beträge sofort durch Zahlung oder Uebereignung eines Antheils am Kaufgelderrückstande berichtigt werden sollen. Dies trifft bei den für die ausgebliebenen Gläubiger von Amtswegen berechneten Beträgen nicht zu, da dieselben in allen Fällen zur Deposition zurückbehalten werden müssen.

Man könnte nun sagen, ein Nachtheil treffe die Subhastationsinteressenten nicht, wenn sie keine Erklärung abgeben, sie haben nur das Recht, diese Erklärung schon jetzt abzugeben; und es würde sich, dies zugegeben, dann weiter fragen, welchen Einfluß eine solche Erklärung — oder näher, welchen Einfluß das Bestreiten eines von Amtswegen erhobenen Anspruchs auf das spätere Verfahren habe.

Die zur Hebung gelangten streitigen Beträge sollen als Streitmassen deponirt werden, damit über ihre Ausschüttung demnächst im Specialprozesse entschieden werde. Gilt dieses auch von den von Amtswegen liquidirten Beträgen, falls dieselben bestritten sind? Für die Bejahung dieser Frage könnte man anführen, daß das Gesetz etwas Besonderes in Betreff dieser Liquidate nicht angeordnet hat, und daß, wenn nach § 387 die Interessenten sich auch über einen solchen Anspruch erklären sollen, das Gesetz dieser Erklärung auch habe einen Effekt beilegen wollen. Aber der § 394 a. a. O., welcher von den Specialprozessen handelt, kann seinem Wortlaut nach auf den in Rede stehenden Fall nicht bezogen werden, weil er voraussetzt, daß der Gläubiger die Forderung geltend gemacht hat. Um die Vorschrift auch auf den Fall anzuwenden, wenn statt des Gläubigers der Richter den Anspruch erhebt, dazu fehlt es an den Voraussetzungen der Analogie. Wenn die streitenden Theile bereits im Kaufgelderbelegungstermine hinreichend Gelegenheit gehabt haben, den erhobenen Anspruch und die Einreden dagegen zu begründen, auch der Kommissar eine Einigung vergebens versucht hat, so bleibt eben nur der Prozeß übrig. Alles dieses trifft hier nicht zu. Es fehlt an den Grundlagen eines jeden Prozesses, daß nemlich ein Anspruch erhoben ist. Man weiß nicht einmal, ob ein solcher existirt. Nur weil diese Existenz auf Grund des Hypothekenbuchs vermuthet werden muß, hat der Richter einen entsprechenden Betrag des Kaufgeldes zurückzubehalten. Sachgemäß müßte nun erst der noch unbekannte Inhaber der Post ermittelt werden, und erst, wenn dieses geschehen, und derselbe den vorläufig geltend gemachten Anspruch aufrecht erhält, wäre die Grundlage für einen Prozeß vorhanden. Damit harmonirt auch die Fassung des § 390 a. a. O., wenn es daselbst heißt, den ausbleibenden Gläubigern sollen „vorläufig" neben den

Digitized by Google

Kapitalsbeträgen die laufenden Zinsen oder anderen Prästationen und zweijährige Rückstände berechnet werden; desgleichen die Bestimmung des § 406 a. a. O., wonach der Kurator der Specialmasse nachforschen soll, ob die Forderung schon getilgt sei.

Aber auch der sonstige Inhalt des § 394 cit. widerspricht dessen Anwendung auf den in Rede stehenden Fall. Der Gläubiger soll den bestrittenen Anspruch in einem besonderen Prozesse ausführen und „zu diesem Behuf" denselben im Termine näher begründen, oder sich eine besondere Klageschrift vorbehalten, welche binnen 14 Tagen einzureichen ist. Die Ausführung dieser Vorschrift ist unmöglich, wenn der Gläubiger nicht anwesend ist, und das Präjudiz, es würde, falls dies nicht geschehen, angenommen werden, daß er sich lediglich auf den Inhalt des Hypothekenbuchs beziehe, kann nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf einen Fall, für welchen es nicht gegeben ist, auch nicht angewandt werden.

Endlich würde noch die Frage entstehen, wer denn statt des Gläubigers im Specialprozesse als Kläger auftreten solle. Diese Funktion könnte doch nur der Kurator der Specialmasse übernehmen. Aber das Gesetz, welches im § 406 a. a. O. die dem Kurator gestellte Aufgabe bestimmt bezeichnet, erwähnt dieser Prozeßführung mit keinem Wort. Sollte denn in der That die Erklärung der Interessenten über eine von Amtswegen zu berücksichtigende Realforderung oder das Ausbleiben dieser Erklärung ohne alle Wirkung sein? Sofern das Aufgebot der Specialmasse seinen regelmäßigen Verlauf nimmt, allerdings. Dessenungeachtet hat der § 387 cit. seinen guten Sinn.

Das Aufgebot der Specialmasse ergeht nicht sofort nach Abhaltung des Kaufgelderbelegungstermins, sondern der Kurator hat sich zunächst mit sorgfältiger Benutzung der von den Interessenten ihm an die Hand gegebenen Mittel zu bemühen, das fehlende Dokument, so wie den Inhaber desselben und diejenigen, denen Rechte an die Forderung zustehen, zu erforschen und erst, wenn diese Nachforschungen ohne Erfolg geblieben sind, das Aufgebot zu beantragen. Das Aufgebot unterbleibt also, wenn sich inzwischen der Inhaber der Post meldet und vollständig legitimirt. War der für ihn bei der Kaufgelderbelegung erhobene Anspruch nicht bestritten worden, so ist die Specialmasse nach Abzug der entstandenen Kosten ohne Weiteres an ihn auszuschütten, oder der auf die Post angewiesene Antheil am Kaufgelderrückstande ihm zu übereignen. Einer Zuziehung der übrigen Subhastationsinteressenten bedarf es hierbei nicht, da die Zurückbehaltung dieses Kaufgelderantheils lediglich im Interesse des Gläubigers erfolgte. Für diesen Fall zeigt sich also die oben erwähnte thatsächliche Präklusion der Subhastationsinteressenten mit ihren

Digitized by Google

Einwendungen allerdings auch in Betreff der von Amtswegen gemachten Ansprüche an die Kaufgelder wirksam.

Hat dagegen ein Interessent einem solchen Anspruch widersprochen, so kann die Ausschüttung der Specialmasse nicht ohne Weiteres erfolgen. Die Frage, ob jetzt der Streit sofort durch Prozeß zu entscheiden sei, ist jedoch ebenfalls zu verneinen, weil die Voraussetzungen des § 394 cit. noch nicht erfüllt sind. Denn wenn nun auch der Gläubiger den von Amtswegen gemachten Anspruch als den seinigen anerkennt, er hat noch nicht Gelegenheit gehabt, denselben dem Gegner gegenüber zu begründen, dessen Einwendungen zu würdigen. Der Widerspruch war ebenso wie die Liquidation nur ein vorläufiger. Abgesehen davon, daß der widersprechende Interessent sich inzwischen, insbesondere nachdem der Gläubiger seinen Anspruch persönlich vertreten hat, von der Richtigkeit desselben überzeugt haben kann, ist es auch denkbar, daß Jener auch nur in der Absicht widersprochen hat, sich dadurch seine Zuziehung bei Prüfung der Legitimation des sich nachträglich meldenden Gläubigers zu sichern. Es wird daher immer vor Einleitung des Prozesses noch einer Vorverhandlung bedürfen. Ob hierzu ein besonderer Termin anzuberaumen, oder ein schriftliches Verfahren vorzuziehen sei, wird nach den Eigenthümlichkeiten des gerade vorliegenden Falles zu beurtheilen sein.

Insoweit der nachträglich legitimirte Gläubiger den für ihn erhobenen Anspruch fallen läßt, erledigt sich natürlich nicht nur der etwa bestehende Streit, sondern es muß auch in Betreff des zuviel angesetzten Betrages eine nachträgliche Vertheilung stattfinden, wobei, wie im Falle des § 413 a. a. O., der Schuldner und diejenigen Realgläubiger zuzuziehen sind, welche einen Ausfall erlitten haben. Die hierbei entstehenden Streitigkeiten werden nach der Vorschrift des § 413 cit. zum Austrage zu bringen sein.

IV.

Das in den §§ 409 ff. der Konkursordnung vorgeschriebene Verfahren zerfällt in zwei Abschnitte: das eigentliche Aufgebot, welches mit dem Präklusionserkenntniß abschließt, und das Verfahren zur Erörterung der Ansprüche, welche an die Specialmasse gemacht werden. Hierüber handelt der § 413 a. a. O., dessen Bestimmungen etwas dürftig erscheinen, in der That aber vollständig ausreichen. Man muß davon ausgehen, daß, wenn im Kaufgelderbelegungstermine eine Specialmasse angelegt worden ist, zwar das Kaufgelderbelegungs-, nicht aber das Kaufgeldervertheilungsverfahren vollständig beendet ist, dieses vielmehr in Betreff desjenigen Theils der Kaufgelder, mit welchem die Specialmasse angelegt ist, noch einer Ergänzung bedarf. Es ist auch klar, daß

Digitized by Google

für dieses Nachtragsverfahren, welches eintritt, sobald die Hindernisse, welche der vollständigen Vertheilung der Kaufgelder entgegenstanden, gehoben ist, dieselben Normen gelten müssen, welche für das Kaufgelder-vertheilungsverfahren überhaupt gegeben sind. Es hätte daher auch einer besondern Vorschrift gar nicht bedurft, wenn es nicht der Gesetzgeber vorgezogen hätte, für die bei der Nachvertheilung entstehenden, durch Prozeß zu erledigenden Streitigkeiten abweichende Bestimmungen zu treffen. Dies ist der eigentliche Zweck des § 413 cit.

Es ist daher auch nicht ausdrücklich hervorgehoben, daß in dem vor einem Kommissar des Gerichts anzuberaumenden Termine zunächst über die Vertheilung des Kaufgelderantheils zu verhandeln ist. Auch hier wird die Verhandlung beginnen mit der Feststellung des Betrages der zu vertheilenden Masse, da die Kosten des Aufgebots vorweg abgezogen werden müssen. (§. 445 a. a. O.) Demnächst haben sich die Anwesenden in Betreff der Ansprüche an die Masse zu erklären, und nur insoweit, als sich hierbei ein Streit herausstellt, kommen die prozessualischen Bestimmungen des § 413 cit. zur Anwendung. Ein solcher Streit ist aber nach den allgemeinen Bestimmungen über die Kaufgelder-vertheilung nur anzunehmen, wenn einem an die Specialmasse erhobenen Anspruche ausdrücklich widersprochen ist, oder sich zwei oder mehrere Ansprüche entgegenstehen. Es ist jedoch nicht erforderlich — und dies ist eine durch die Natur der Sache gebotene Abweichung von dem Verfahren im Kaufgelderbelegungstermine — daß der in Betracht zu ziehende Anspruch oder Widerspruch im Erörterungstermine selbst erhoben wird. Ein bereits im Kaufgelderbelegungstermine oder im Laufe des Aufgebotsverfahrens angemeldeter Anspruch muß berücksichtigt werden, sofern er nicht ausdrücklich zurückgezogen wird. Dasselbe gilt von den schon im Kaufgelderbelegungstermine erhobenen Widersprüchen gegen die Richtigkeit, das Hypothekenrecht oder das Vorzugsrecht der Post, für welche die Specialmasse angelegt wurde.

Hiernach beantwortet sich die Frage, was für ein Präjudiz diejenigen Interessenten trifft, welche im Erörterungstermine ausbleiben oder sich nicht erklären. Haben sie sich in der oben angegebenen Weise bereits früher erklärt, so wird angenommen, sie erhalten ihren Anspruch oder Widerspruch aufrecht und lassen es auf die richterliche Entscheidung ankommen, haben jedoch keine neue Thatsachen beizubringen (§ 413 cit.), denn das Gegentheil hätte ausdrücklich vorgeschrieben werden müssen. Anders bei denjenigen, welche sich noch nicht erklärt haben: sie werden nicht weiter berücksichtigt. Zu einem andern Resultat käme man freilich, wollte man die nach § 413 cit. stattfindende kommissarische Verhand-

Digitized by Google

lung von vorne herein als eine Prozeßverhandlung und sämmtliche Interessenten als Parteien ansehen. Dann allerdings könnte der vorweg präsumirte Streit nach den allgemeinen Prozeßregeln nur durch Vergleich, Anerkenntniß oder Urtheil erledigt werden. Aber abgesehen davon, daß hier eine affirmative Kontumaz gegen die ausbleibenden Interessenten nicht Platz greifen könnte, weil es an der Voraussetzung einer solchen Kontumaz — der vorherigen Mittheilung der für zugestanden zu erachtenden Thatsachen — fehlt, und daher der erkennende Richter sich öfters in der mißlichen Lage sehen würde, über Thatsachen Beweis erheben zu müssen, welche eigentlich gar nicht streitig sind, blos weil sich nicht sämmtliche Interessenten über dieselben erklärt haben, tritt auch einer solchen Auffassung der § 415 a. a. O. entgegen:

„Die gerichtlichen Kosten des Aufgebotverfahrens, so wie die Gebühren und Auslagen des Kurators werden in allen Fällen aus der Specialmasse oder dem Kaufgelderrückstande entnommen.

Die besondern Kosten, welche durch die Erörterung eines unbegründeten Anspruchs oder Widerspruchs erwachsen, fallen dem Interessenten zur Last, welcher den Widerspruch erhoben hat."

Denn diese Bestimmungen setzen offenbar voraus, daß ein Streitverfahren nur in Betreff derjenigen Interessenten eintritt, welche einen Anspruch oder Widerspruch erhoben haben.

Ist nun festgestellt, welcher Betrag der Specialmasse unstreitig, und daher sofort auszuschütten, welcher streitig und zwischen welchen Interessenten er streitig ist, so ist die Kaufgeldervertheilung beendigt, und es beginnt die Prozeßinstruktion mit den so ermittelten Parteien. Sie vereinigt Klage, Klagebeantwortung, Replik und Duplik in einem Akte.

Der zweite Absatz des § 413 cit. ist aus der Kommission des Abgeordnetenhauses hervorgegangen. Nach dem Kommissionsbericht hat dieselbe darauf aufmerksam gemacht,

„daß bei dem von ihr gemachten Vorschlage die mündliche Verhandlung die Grundlage und für die Thatsachen die Begrenzung bekommt, die der Audienztermin nach den Verordnungen vom 21. Juli 1846, beziehungsweise vom 1. Juni 1833 hat."

So scharf, wie im § 413 cit., ist freilich in den gedachten Verordnungen die Grenze für die Anführung neuer Thatsachen nicht gezogen, da ja dieselben auch im Audienztermine jedenfalls noch insoweit zulässig sind, als sie durch den letzten Schriftsatz des Gegners hervorgerufen werden. Mit Recht ist man hiervon im vorliegenden Falle abgegangen, weil an die Stelle gesonderter Schriftsätze die kommissarische Verhandlung tritt, in welcher die Parteien die Gelegenheit und deßhalb auch die Pflicht haben, das thatsächliche Material vollständig zu erschöpfen. Weiter

Digitized by Google

aber hat man nicht gehen wollen. Es darf nicht etwa aus der Fassung des § 413 cit. gefolgert werden, daß im Audienztermine nur Rechtsausführungen gestattet seien. Das Verbot der neuen Thatsachen schließt nicht in sich, daß auch die Anführung neuer Beweismittel, die Erklärung über deferirte Eide und das Bestreiten von Thatsachen als verspätet angesehen werden sollen. Für das praktische Bedürfniß genügte eben „die Begrenzung für die Thatsachen." Eine Ausdehnung des Verbots könnte leicht zu einer Unbill gegen die Parteien führen, da es denselben häufig an genügender Vorbereitung fehlen wird, um sich in demselben Termine über alle thatsächliche Anführungen des Gegners, so wie über Eidesdelationen zu erklären und die Beweismittel für ihre eigenen Behauptungen erschöpfend anzugeben.

V.

Auch für die materielle Entscheidung bietet das Verfahren nach § 413 der Konkursordnung manches Eigenthümliche dar.

1) Die Entscheidung soll nur darauf gerichtet werden, wem unter den Parteien die Spezialmasse auszuzahlen oder der Antheil am Kaufgelderrückstand zu übereignen ist. Die Untersuchung, ob ein Anspruch oder Widerspruch begründet sei, ist nur Mittel zu diesem Zweck. Daraus folgt, daß ein Widerspruch, welcher nicht zugleich mit einem Anspruch verbunden ist, nicht berücksichtigt werden dürfe, vielmehr ein Anspruch der blos widersprechenden Partei gegenüber, wie ein unstreitiger, zu behandeln ist. Alle zur Begründung eines solchen Widerspruchs beigebrachten Thatsachen gelten als nicht angeführt. Die blos widersprechende Partei scheidet, abgesehen vom Kostenpunkt (§ 415 a. a. O.), für die Beurtheilung des erkennenden Richters ganz aus.

2) Demnächst hat derselbe die etwa streitige Rangordnung der Realforderungen, für welche eine Befriedigung aus der Specialmasse verlangt wird, festzustellen, auch wenn ein solcher Streit nicht bereits im Kaufgelderbelegungstermine entstanden war. Denn das Verfahren in jenem Termine hat nur insoweit rechtliche Folgen, als die Befriedigung der Gläubiger durch Zahlung oder Uebereignung des Kaufgelderrückstandes stattgefunden hat, und erzeugt nur solche Rechte, welche überhaupt aus einer Zahlung entstehen. Ein Präjudiz kann aus den dieser Zahlung zu Grunde gelegten Verhandlungen nicht hergeleitet werden.

3) Sodann ist für jede Behufs Befriedigung aus der Specialmasse geltend gemachte Realforderung besonders in der feststehenden oder festgestellten (Nr. 2) Reihenfolge, soweit als der Bestand der Masse reicht, zu prüfen, ob die Richtigkeit und das Hypothekenrecht dieser Forderung,

Digitized by Google

die Legitimation desjenigen, welcher sich zu derselben meldet, von einem nachfolgenden Gläubiger bestritten sind. Insofern auch nur einer dieser Streitpunkte zum Nachtheil der Forderung entschieden wird, scheidet dieselbe aus. Bei diesem Streit hat natürlich der vorangehende Gläubiger die Beweislast. Ihm gegenüber darf der nachfolgende Gläubiger sein Realrecht niemals nachweisen, weil auf dieses es immer erst dann ankommt, wenn bereits über den Anspruch des Ersteren und dessen Höhe entschieden ist.

4) Ist hiernach festgestellt, daß eine Realforderung mit einem gewissen Betrage zur Hebung kommt, so ist hinsichtlich dieses Betrages der Streit noch zwischen den Parteien zu entscheiden, welche sich zu der Forderung gemeldet haben.

a) Hierbei kommt es zunächst auf eine Prüfung derjenigen Ansprüche an, welche nicht das Eigenthum der Forderung, sondern ein anderes Recht an derselben geltend machen. Denn in dem Maße, als ein solches Recht existirt, tritt das Eigenthum zurück; es wird dadurch, daß sich der Gegner als Eigenthümer der Post ausweist, dieses Recht in keiner Weise beeinträchtigt. Daraus ergiebt sich, daß bei einem solchen Streit nur Jener sein Recht an der Forderung, nicht auch der Andre sein Eigenthum nachweisen darf.

b) Behaupten Mehrere ein solches Recht an der Forderung, so haben sie dasselbe in gleichem Maße gegen einander zu erweisen. Gelingt keinem der Beweis vollständig, so wird schließlich die im § 29 Tit. 13 Th. I Allg. Ger.-Ordn. gestattete Aushilfe — eine Theilung des Prozeßgegenstandes Platz greifen.

c) Dasselbe gilt im Allgemeinen von einem Streit über das Eigenthum der Post. Daß in dem Falle, wenn die eine Partei als Singularsuccessor der andern auftritt, diese einem solchen Gegner gegenüber ihr Eigenthum nicht nachweisen darf, begründet keine Ausnahme von jener Regel, weil ja das eigentliche thema probandi die Erlangung des Eigenthums seitens des Autors gar nicht streitig ist, mithin nur der Verlust und der Uebergang dieses Rechts auf den Gegner von diesem zu erweisen ist. Aber auch der Umstand, daß Letzterer den Andern nicht als seinen Autor anerkennt, also behauptet, er sei nicht derjenige, für welchen er sich ausgiebt, ändert nichts in der Beweislast, und ebenso verhält es sich, wenn der Eine als Erbe, der Andre nur als Singularsuccessor des letzten unstreitigen Inhabers auftritt. Denn der Anspruch des Singularsuccessor wird dadurch, daß der Gegner sich als den letzten unstreitigen Inhaber der Post oder dessen Erben ausweist, in keiner Weise

Digitized by Google

berührt, noch hilft es ihm etwas, wenn dieser Beweis mißlingt. Er hat kein Interesse das Recht, worauf Jener seinen Anspruch an die Specialmasse gründet, zu bestreiten, während der Letztere durch die Darlegung seines Rechts noch nichts gewinnt.

Nr. 4.

Können Cautionen, deren Höhe nicht bestimmt ist, hypothekarisch eingetragen werden?

Entgegnung auf die Abhandlung Nr. 11 im V. Bd. dieser „Beiträge.“

Von dem Gerichts-Assessor Boas in Breslau.

Der Herr Verfasser der gedachten Abhandlung hat die obige Frage verneint; die von demselben dargelegten Gründe scheinen uns aber nichts weniger, als überzeugend zu sein. Wir wollen dieselben einer kurzen Prüfung unterziehen.

Als erster und ganz besonders gewichtiger Grund wird der Zweck des preuß. Hypothekenwesens angeführt: die Herstellung und Hebung des Realcredits; dieser, so wie die zur Erreichung dieses Zweckes angeordneten Mittel: Publicität, Specialität und Legalität des Pfandrechts widersprächen geradezu der Eintragung unbestimmter Cautionen. Wir vermögen diesen Widerspruch so wenig einzusehen, daß wir vielmehr geneigt sind, umgekehrt die Bejahung der aufgeworfenen Streitfrage aus dem erwähnten Zwecke des Hypothekenwesens herzuleiten; denn was einerseits die Sicherung der Gläubiger betrifft, so können diese nur verlangen, daß sie in den Stand gesetzt werden, alle Pfandrechte zu kennen, welche auf der verpfändeten Sache haften, und daß die Dispositionsbefugniß des Verpfänders ihnen gegenüber außer Zweifel gesetzt wird, damit sie sich über die ihnen gebotene Sicherheit nicht täuschen; dies soll erreicht werden und wird erreicht durch die ihrer Natur nach rein formalen Mittel der Publicität, Specialität und Legalität. Ein Mehreres, als die Kenntniß der auf der verpfändeten Sache haftenden Pfandrechte, insbesondre deren Fixirung auf eine bestimmte Summe zu verlangen, ist für die Gläubiger, die nur vor Täuschungen geschützt werden sollen, kein Grund da; es muß ihnen überlassen bleiben zu prüfen, wie weit ein Grundstück, auf dem eine Hypothek von unbestimmter Höhe haftet, ihnen noch Sicherheit gewähren kann; es würde aber damit auf der andern Seite sehr wesentlich in das freie Verfügungsrecht des Besitzers

Digitized by Google

eingegriffen, dieses beschränkt werden, und es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß durch derartige Dispositionsbeschränkungen der Realcredit des Besitzers nicht gehoben, sondern herabgedrückt und beeinträchtigt wird.

Es erhellt daraus, wie übel es ist, aus derartigen ganz vagen und allgemeinen Deductionen Schlüsse und Folgerungen zu ziehen für ganz bestimmte Rechtsfragen, und in keiner Weise ist es constatirt, daß die Absicht des Gesetzgebers bei Erlaß der Hypothekenordnung mit der Eintragung von unbestimmten Cautionen nicht in Einklang zu bringen ist; auf das Schema für die Einrichtung der Hypothekenbücher hätte sich aber der Herr Verfasser nicht erst berufen sollen, denn daß dies Schema eine Colonne für die Auswerfung des Quantums enthält, beweist noch nicht, daß diese Colonne auch stets ausgefüllt werden muß, ebensowenig wie dies mit der Colonne Cessiones der Fall ist, und wie noch deutlicher dasselbe Schema für die II. Rubrik zeigt; daß aber die in dem Schema zufällig aufgeführten Beispiele erschöpfend sein sollen für alle Eintragungen, die in der III. Rubrik überhaupt statthaben können, wird wohl Niemand und auch der Herr Verfasser nicht behaupten.

Leider sieht es aber mit den speciellen Gründen, die jener beibringt, noch mißlicher aus, als mit den allgemeinen; denn in ihnen herrscht eine vollständige Vermischung und Verwechselung der verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse. Während der Herr Verfasser sich die Prüfung der Frage vorgesetzt hat, ob eine ihrer Höhe nach unbestimmte Caution in's Hypothekenbuch eingetragen werden kann, laufen fast alle seine Deductionen darauf hinaus, ob überhaupt eine Cautionsbestellung für unbestimmte Verbindlichkeiten zulässig ist. Dies ist aber durchaus zweierlei; der Herr Verfasser war sich dessen zum Theil auch bewußt geworden, denn er sagt selbst im Anfange seiner Abhandlung:

> „die Cautionen von unbestimmter Höhe, deren Eintragung verlangt wird, entspringen meist aus dem Umstande, daß auch die Rechtsverhältnisse, welche dadurch gesichert werden sollen, keinen fest umschriebnen Inhalt haben;“

hier handle es sich aber darum, ob Cautionen für sonst gültige Ansprüche eingetragen werden können, wenn deren Höhe unbestimmt gelassen ist.

Aber trotzdem ist der Herr Verfasser seiner so ganz bestimmt und correkt hingestellten Aufgabe nirgends treu geblieben; das Beispiel, das er am Schlusse seiner Abhandlung anführt, um die Ungebührlichkeit der Eintragung unbestimmter Cautionen in ein helles Licht zu setzen, unterscheidet sich in nichts von dem Beispiele, das im Anfang der

Digitized by Google

Abhandlung gegeben wird, und von dem der Herr Verfasser selbst sagt, daß es mit seiner eigentlichen Aufgabe nichts zu thun habe; und an jenes Schlußbeispiel anknüpfend heißt es dann in der Abhandlung:

> „durch Eintragung von Cautionen für ganz unbestimmte, ihrer Existenz nach ungewisse Rechtsgeschäfte (!) schaffen wir Pfandrechte, die denen für wirklich entstandne Forderungen bestellten vorgehen &c."
>
> „Aus diesen Gründen (?) können wir uns nicht laut genug gegen die Eintragung unbestimmter Cautionen erklären."

Hiernach scheint es denn doch, als wenn dem Herrn Verfasser der höchst einfache Unterschied von: „unbestimmten Cautionen für Rechtsgeschäfte," und von „Cautionen für unbestimmte Rechtsgeschäfte" in keiner Weise klar geworden ist, und sich derselbe in dem Irrthum befindet, als hinge die Unbestimmtheit der Caution mit der Unbestimmtheit der Rechtsgeschäfte nothwendig zusammen, was durchaus nicht der Fall ist! Nach den Deductionen des Herrn Verfassers würde für die von ihm bezeichneten unbestimmten, noch gar nicht existenten Rechtsgeschäfte eine Cautionsbestellung überhaupt unzulässig sein, aber ebensowol die einer bestimmten, als die einer unbestimmten Caution; es mag dies vielleicht richtig sein, hat aber mit der Frage von der Zulässigkeit unbestimmter Cautionen an sich gar nichts zu schaffen; es scheint, als wenn der Herr Verfasser die Möglichkeit, daß für unbestimmte Rechtsgeschäfte Cautionen von bestimmter Höhe bestellt werden könnten, sich gar nicht vorgestellt hat, so sehr auch die Ueberschrift der Abhandlung gerade diese Möglichkeit in's Auge zu fassen schien.

Diese Vermischung und Verwechselung des unterliegenden Rechtsverhältnisses mit dem aus der Cautionsbestellung entspringenden geht auch durch die ganze übrige Abhandlung fort.

Der Herr Verfasser beruft sich nämlich für seine Ansicht insbesondere auf den § 14, I. 20 A. L. R. und interpretirt diesen dahin, daß darnach nicht die Erfüllung künftiger Verbindlichkeiten durch Pfand und Hypothek sichergestellt werden könne, sondern nur die künftige Erfüllung bereits bestehender Verbindlichkeiten. Wir wollen diese Interpretation durchaus als die richtige zugeben, so wenig uns auch die dafür beigebrachten Gründe überzeugt haben; aber was folgt daraus? wenn die Verbindlichkeit selbst feststeht, steht dann auch nothwendig schon die Höhe der für den Gläubiger daraus entspringenden Forderung fest, z. B. die Höhe seiner Schadensforderung für den Fall der Nichterfüllung? oder ist es nicht möglich, daß z. B. der Kaufpreis bei einem Kaufgeschäft, der sicher gestellt werden soll, erst durch künftige Ereignisse, wie z. B.

Digitized by Google

künftige Marktpreise bestimmt wird? Wenn nun aber in diesen Fällen, wo zwar die Verbindlichkeit vollständig zu Recht besteht und hinlänglich bestimmt ist, aber die Höhe der etwa daraus entspringenden Forderung noch unbestimmt ist, Caution für die künftige Erfüllung dieser Verbindlichkeit in ihrem ganzen Umfange bestellt werden kann, wie der Herr Verfasser ja nach § 14, I. 20 ausdrücklich zugiebt, und wie wohl auch von Niemand bestritten wird, folgt dann nicht mit unumstößlicher Gewißheit daraus, daß auch die Höhe der Caution, ebensowenig wie die der Forderung, eine bestimmte zu sein braucht, daß auch eine Caution in unbestimmter Höhe zulässig ist? Der Herr Verfasser liebt es an Beispielen zu deduciren. Wir wollen ihm ein solches geben:

> Der Gutsbesitzer T auf X verpflichtet sich, dem Kaufmann A während der Monate October 1861 bis März 62 allmonatlich 10000 Quart Spiritus zu liefern nach Berliner Durchschnittsmarktpreisen eines jeden der betreffenden Monate, und hat zur Anrechnung auf den künftigen Kaufpreis von Herrn A 1000 Thlr. als Vorschuß empfangen. Für die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten aus diesem Vertrage, insbesondere auch für den dem A aus der Nichterfüllung etwa entgehenden Gewinn bestellt Herr T dem A mit seinem Gute X Caution, indem er dasselbe dafür verpfändet.

Welcher Hypothekenrichter würde Bedenken tragen, eine solche Caution von unbestimmter Höhe in's Hypothekenbuch einzutragen? u. E. kein einziger; denn er würde sich der entschiedensten Regreßpflichtigkeit aussetzen.

Der Herr Verfasser hat sich eben auch hier nicht klar gemacht, daß die Bestimmtheit der Caution mit der Bestimmtheit des Rechtsgeschäfts in keinem nothwendigen Zusammenhange steht, ebensowenig wie die Unbestimmtheit der Caution mit der Unbestimmtheit des Rechtsgeschäfts; er hat sich die Möglichkeit unbestimmter Cautionen trotz der Bestimmtheit des unterliegenden Rechtsverhältnisses nicht vorgestellt; damit fällt denn nicht nur seine ganze Deduction über den Haufen, sondern der § 14. I. 20 beweist nach seiner eignen Interpretation entschieden gegen seine Ansicht, so daß es einer Widerlegung und Prüfung der noch übrigen, unendlich schwachen Gründe nicht weiter bedarf. — Es wäre gewiß dankenswerther gewesen, wenn der Herr Verfasser die Frage, die ihm fortwährend vorgeschwebt hat, zu lösen versucht hätte: inwieweit eine Cautionsbestellung überhaupt für unbestimmte und ungewisse, künftige Verbindlichkeiten zulässig ist. —

Digitized by Google

Nr. 5.

Die Hannöversche Civilprozeß-Ordnung als Grundlage der gemeinsamen Deutschen Civil-Proceß-Ordnung, betrachtet vom Standpunkte eines Preußischen Juristen.

Von dem Stadt- und Kreisrichter Dr. jur. Silberschlag in Magdeburg.

Die Idee, daß es rathsam sei, auf Grund der Hannöverschen bürgerlichen Proceß-Ordnung eine Civil-Prozeß-Ordnung für ganz Deutschland auszuarbeiten, scheint in neuerer Zeit mehr und mehr Verbreitung und Festigkeit zu gewinnen.

Für diese Idee spricht die unleugbare Thatsache, daß die Hannöverschen Juristen einstimmig für ihre am 8. November 1850 publicirte und seit dem Jahre 1852 praktisch angewandte Proceß-Ordnung eingenommen sind; auch haben die namentlich in der Berliner Deutschen Gerichtszeitung wiederholt besprochenen Hauptgrundzüge der Hannöverschen Proceß-Ordnung unter den Juristen aller Deutschen Länder große Anerkennung gefunden. Als solche Hauptgrundzüge betrachten wir, daß im Prozesse durchgängig das Verhandlungs-Prinzip herrscht, daß die Parteien genöthigt sind, im ordentlichen Processe Anwälte anzunehmen, daß der die mündliche Verhandlung vorbereitende Schriftwechsel zwischen den Anwälten fast ohne Zuziehung des Gerichts stattfindet, daß die Klage nicht per decretum vom Gericht zurückgewiesen werden kann, daß endlich das Rechtsmittel dritter Instanz nicht eine nochmalige Prüfung der im Processe streitigen Facta zur Folge hat.

Diese Grundsätze des Hannöverschen Processes stimmen im Ganzen mit denen des auch in unserer Rheinprovinz geltenden Französischen Verfahrens überein. Dies hat darin seinen Grund, weil die Genfer Proceß-Ordnung, welche selbst dem Französischen Processe nachgebildet ist, bei Ausarbeitung der Hannöverschen Proceß-Ordnung als Muster gedient hat, so daß wir die wichtigsten Bestimmungen der Genfer Proceß-Ordnung auch in der Hannöverschen finden. Ein kurzer Rückblick auf einen Theil der Geschichte der Preußischen Gesetz-Revision wird uns nun zeigen, wie lange schon auch in unserm engern Vaterlande der Kampf zwischen den Principien des Rheinisch-Französischen Civil-Processes und denen der Allgemeinen Gerichts-Ordnung geschwebt hat.

Digitized by Google

Seit dem Jahre 1815 bestanden in Preußen, wenn wir von der Provinz Posen absehn, drei ganz verschiedene Arten des Verfahrens im Civil-Processe, es galt nämlich in der Rheinprovinz das Französische Proceßrecht, in Neuvorpommern und dem Bezirke von Ehrenbreitstein galt der gemeinrechtliche Proceß, in den übrigen Provinzen die Allgemeine Gerichts-Ordnung.

Der Justiz-Minister Graf Dankelmann als Chef der Gesetz-Revisions-Commission hatte nun bereits Mitte der zwanziger Jahre den Geheimen Rath Reinhardt mit Revision der Proceß-Ordnung beauftragt. Dieser legte bereits im Jahre 1827 den Entwurf einer neuen Proceß-Ordnung vor. Es beruhte dieser Entwurf auf zwei Grund-Principien, nämlich einmal dem Verhandlungs-Principe, welches an Stelle des Inquisitions-Princips der Gerichts-Ordnung trat, und sodann auf dem Principe der Mündlichkeit des Verfahrens.

Als Consequenz dieser beiden Principien waren für den ordentlichen Proceß angenommen der Anwaltszwang (weil sich ohne diesen die volle Mündlichkeit und das Verhandlungs-Princip nicht durchführen lassen), und der Grundsatz, daß der Richter eine formell vollständige Klage nicht per decretum zurückweisen dürfe. Als Rechtsmittel dritter Instanz war nur die Nichtigkeits-Beschwerde zugelassen.

Dieser Entwurf der Proceß-Ordnung ward einer Commissions-Berathung unter Vorsitz des Grafen Dankelmann unterzogen; hierbei wurden durch den Grafen Dankelmann viele der Reinhardt'schen Vorschläge verworfen und ward demnächst auf Grund der Beschlüsse des Grafen Dankelmann durch den Geheimen Rath Reinhardt ein neuer Entwurf der Proceß-Ordnung ausgearbeitet, welcher demnächst in den Jahren 1830 und 1832 mit Motiven als Manuscript gedruckt ward. Dieser neue Entwurf, — von welchem sich Abdrücke in den Bibliotheken aller Preußischen Ober-Gerichte finden werden, — ist nun allerdings ein wesentlich anderer, als der vom Jahre 1827. Es ist darin, — abweichend vom Entwurfe des Jahres 1827 und, wie ausdrücklich in den Motiven gesagt ist, gegen den Willen des Geheimen Raths Reinhardt, — der eximirte Gerichtsstand beibehalten, der Anwalts-Zwang ist nicht eingeführt, es ist zwar eine mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte angeordnet, jedoch ist, gleichfalls gegen den Willen Reinhardt's, die Anfertigung eines schriftlichen Referats und die Regulirung des status causae et controversiae als Vorbereitung der mündlichen Verhandlung im ordentlichen Processe vorgeschrieben, nur im summarischen Processe sollte es keines status causae bedürfen; auch ist als Rechtsmittel dritter Instanz neben der Nichtigkeits-Beschwerde die Revision beibehalten.

Digitized by Google

Dieser vom Grafen Dankelmann approbirte Entwurf ist also in den wichtigsten Punkten nur ein Compromiß zwischen dem ursprünglichen Entwurfe Reinhardt's und den Prinzipien der Allgemeinen Gerichts-Ordnung.

Im Jahre 1831 starb nun aber der Graf Dankelmann, an seine Stelle trat als Chef der Gesetz-Revisions-Commission der Minister von Kamptz; dieser verwarf sofort den von Dankelmann approbirten Entwurf der Proceß-Ordnung; das ganze Werk der Gesetz-Revision gerieth überhaupt mit dem Eintritt des von Kamptz in Stocken.

Unverkennbar trat nun aber in der Praxis der Uebelstand hervor, daß sich bei dem Verfahren auf Grund der Allgemeinen Gerichts-Ordnung die einfachsten Rechtsstreitigkeiten endlos hinschleppten, während in der Rheinprovinz die Processe im Allgemeinen rasch und prompt erledigt wurden.

Dies war Veranlassung, daß auf Antrieb des Justiz-Ministers von Mühler durch das Gesetz vom 1. Juni 1833 für den summarischen Proceß fast wörtlich die Vorschriften eingeführt wurden, welche sich für diesen Proceß in dem Entwurfe der Proceß-Ordnung von 1830 fanden.

Durch die Verordnung vom 14. December 1833 und noch mehr durch die vom 21. Juli 1846 ward das Proceß-Verfahren noch weiter dem Entwurfe von 1830 genähert, so daß es gegenwärtig in den materiellen Bestimmungen nicht weniger als dieser letztere Entwurf von den Vorschriften der Allgemeinen Gerichts-Ordnung abweicht. —

Im Jahre 1849 veröffentlichte Koch, nachdem er eine Zeitlang bei der Gesetzrevision beschäftigt gewesen war, den Entwurf einer Proceß-Ordnung, welcher in vielen der wichtigsten Punkte wieder mit jenem ersten Entwurfe Reinhardt's aus dem Jahre 1827 übereinstimmte. Koch sprach es dabei in den Motiven offen aus, daß der Französische Civil-Proceß uns als Vorbild und Muster dienen müsse. Aber auch der Koch'sche Entwurf ist bloßer Entwurf geblieben.

Allmälig hatte man sich nun auch in Preußen daran gewöhnt, daß wir in den verschiedenen Provinzen verschiedenes Proceß-Verfahren haben, als bei Gelegenheit des ersten Deutschen Juristen-Tags der Ober-Tribunals-Rath Waldeck die Reform des Civil-Processes für ganz Deutschland anregte und zugleich fünf Punkte als Grundlagen der anzustrebenden gemeinsamen Civil-Proceß-Ordnung aufstellte.

Der Waldeck'sche Antrag ward, nachdem der zweite von den fünf Punkten einigermaßen modificirt war, vom zweiten Juristen-Tage mit überwiegender Mehrheit angenommen.

Betrachten wir nun die erwähnten fünf Punkte näher, so finden

Digitized by Google

wir, daß sie sämmtlich auch der Hannöverschen Proceß-Ordnung zu Grunde liegen. Aber auch dem Reinhardt'schen Entwurfe vom Jahre 1827 liegen sie bereits zu Grunde und hat daher Waldeck die Motive dieses Entwurfs bei Begründung seines Antrags in den gedruckten Verhandlungen des ersten Juristen-Tags zum Theil wörtlich allegirt. Sehn wir ferner von dem zweiten der fünf Waldeck'schen Punkte ab, so sind die in denselben niedergelegten Principien auch in dem Rheinisch-Französischen Civil-Processe in Geltung.

Es ergiebt sich also, daß die Haupt-Principien der Hannöverschen bürgerlichen Proceß-Ordnung nicht nur die nächste Verwandtschaft mit dem Rheinisch-Französischen Civil-Processe haben, sondern daß diese Principien auch seit dem Jahre 1827 wiederholt von den tüchtigsten Preußischen Juristen empfohlen sind, daß die Gesetze vom 1. Juni 1833, 14. December 1833 und 21. Juli 1846 bereits aus einer Vermittlung zwischen diesen Principien und denen der Allgemeinen Gerichts-Ordnung entstanden sind.

Unleugbar ist es freilich, daß diese Principien den Deutschen Juristen, sowohl den Preußen, als den Hannoveranern, vorzugsweise durch die Französische Gesetzgebung bekannt geworden sind, allein unmöglich können wir die praktische Anwendung von Grundsätzen, die wir als gut anerkennen müssen, um deshalb verschmähen, weil das Ausland schon vor uns diese Grundsätze zur Geltung gebracht hat. Wenn wir es für Patriotismus halten wollten, alles Ausländische schon als solches mit Hochmuth zurückzuweisen, würden wir uns auf den beschränkten Standpunkt der Chinesen stellen.

Uebrigens ist auch ein wesentlicher Unterschied zwischen blinder Nachahmung und zwischen wissenschaftlicher Aneignung und selbstständiger Bearbeitung von legislatorischen Ideen des Auslandes, und nur die letztere werden wir in dem Reinhardt'schen Proceß-Entwurf, den fünf Punkten Waldeck's und der Hannöverschen Proceß-Ordnung finden.

So empfehlenswerth nun aber auch die Hannöversche Proceß-Ordnung im Ganzen sein mag, so haben doch manche Einzelnheiten derselben vielfachen Widerspruch gefunden; so z. B. sind die Preußischen Juristen wohl einig darüber, daß es besser ist, über Aufnahme des Beweises nach Art der Allgemeinen Gerichts-Ordnung durch bloßes Beweis-Resolut entscheiden zu lassen, als, wie die Hannöversche Proceß-Ordnung vorschreibt, ein förmliches Beweis-Erkenntniß zu machen, an welches der Richter, der es erlassen hat, demnächst bei Entscheidung des Processes gebunden ist.

Digitized by Google

Doch derartige Einzelnheiten können bei der vorzunehmenden Revision abgeändert werden und können daher wohl nicht einen Grund abgeben, die Hannöversche Proceß-Ordnung als zu revidirenden Entwurf der gemeinsamen Deutschen Proceß-Ordnung von vorn herein zurückzuweisen.

Die umfangreichen Arbeiten unserer Preußischen Gesetz-Revision geben, soweit sie die Proceß-Ordnung betreffen, nicht nur viel schätzbares Material, sondern sie lehren uns auch etwas, was bei der Abfassung der gemeinsamen Deutschen Proceß-Ordnung vorzüglich Beachtung verdient, daß nämlich die gründlichsten und umfassendsten Vorarbeiten der Gesetzgebung Nichts nützen, wenn am entscheidenden Orte der feste Willen der Ausführung fehlt.

Digitized by Google

Rechtsfälle.

Nr. 1.

Wird ein Großjähriger durch die Ernennung zum Assessor aus der väterlichen Gewalt ipso jure entlassen?

Ein Rechtsfall, mitgetheilt vom Justiz-Rath Volkmar in Berlin.

Der Verklagte, ein unbesoldeter Gerichts-Assessor, aus einem von ihm gezogenen Wechsel belangt, erhob den Einwand, daß er, obwol majorenn, aus der väterlichen Gewalt noch nicht entlassen sei. Der erste Richter, das Stadtgericht in Berlin, hat die Einrede verworfen und den Verklagten verurtheilt. Das Kammergericht hat dagegen die Einrede für durchgreifend erachtet und die Klage abgewiesen. Das Ober-Tribunal hat auf eingelegte Revision in den Sitzungen vom 24. und 29. October 1861 das zweite Urtheil geändert und das erste hergestellt.

Gründe.

Der Mitverklagte und Revise S. hat nicht behauptet, zur Zeit der Ausstellung und Begebung des eingeklagten Wechsels ein noch minderjähriger Haussohn gewesen zu sein; es muß deshalb, wovon auch die Richter beider Instanzen ausgegangen sind, angenommen werden, daß er damals schon großjährig gewesen ist. Nach dem für den vorliegenden Fall maaßgebenden § 212a. Tit. 2 Th. II des Allgemeinen Land-Rechts ist ein großjähriger Sohn für entlassen aus der väterlichen Gewalt anzusehen, wenn er ein eigenes Gewerbe treibt, oder ein öffentliches Amt bekleidet, wobei nach § 212b. die fortwährende Unterstützung von Seiten des Vaters durch Gebung des Tisches und sonst keinen Unterschied machen soll. Die Beantwortung der die Entscheidung der Sache bedingenden Frage, ob der Mitverklagte und Revise zur Zeit der Wechsel-Ausstellung und Begebung für entlassen aus der väterlichen Gewalt und demnach für wechselfähig anzusehen ist, hängt von der Untersuchung der Vorfrage ab, ob er schon zu jener Zeit ein öffentliches Amt im Sinne des § 212a. l. c. bekleidet hat.

In dieser Beziehung hat der Revise selbst und ohne Widerspruch des Klägers angegeben, daß er seit dem Frühjahre 1860 Gerichts-Assessor sei und als solcher unentgeldlich ohne Stimmrecht bei dem Stadtgerichte

Digitized by Google

zu Berlin arbeite, während er im Mangel eigenen Vermögens die Sustentationsmittel von seinem, in Dessau wohnenden Vater erhalte. Danach bestimmt sich sein dienstliches Verhältniß zur Zeit der Wechsel-Ausstellung und Begebung nach dem Ausdrucke des § 36 der Verordnung vom 2. Januar 1849 näher dahin, daß er, nach Zurücklegung der großen Staatsprüfung bis zu seiner anderweitigen Anstellung zum Gerichts-Assessor bestellt, dem Stadtgericht zu Berlin als unbesoldetes Mitglied und zur Zeit ohne volles Stimmrecht überwiesen worden ist. Nach der Ansicht des Appellationsrichters bekleidet ein solcher Gerichts-Assessor überhaupt und an sich noch kein öffentliches Amt im Sinne des § 212a. l. c. Hierin ist ihm indeß nicht beizupflichten.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die bloße Ernennung, resp. die bloße Ertheilung der Bestallung zum Gerichts-Assessor eben nur ein dem Referendar über das Bestehen der großen Staatsprüfung ertheiltes Certificat ist, welches an sich nur die Befähigung, ein richterliches Amt zu verwalten, documentirt, und ob das Assessorat als solches und ohne Weiteres noch nicht als ein öffentliches Amt anzusprechen ist. Anders muß sich die Beurtheilung des Verhältnisses jeden Falles dann gestalten, wenn, wie hier, die Ueberweisung eines Assessors an ein Gericht durch die oberste Staatsbehörde hinzukommt, und derselbe in Folge dieser Ueberweisung als Mitglied des Gerichts in Funktion getreten ist. Als solches verwaltet er dann in dem ihm durch die vorgesetzte Behörde, wenn auch vorerst in engeren Gränzen, durch Beschränkung des vollen Stimmrechts, angewiesenen Kreise wirklich richterliche Geschäfte; in diesem Kreise verwaltet er sie auch selbstständig, mit eigener Verantwortlichkeit und unter öffentlicher Autorität, und je nach dem Umfange des angewiesenen Geschäftskreises überkommt er auch die mit dem richterlichen Amte verbundenen Rechte und Pflichten. Abgesehen davon, daß er in den ihm übertragenen richterlichen Geschäften das Stimmrecht hat, ist auch nicht zu bezweifeln, daß alle ihm übertragenen und von ihm vollführten richterlichen Akte den Charakter der Validität und Oeffentlichkeit an sich tragen, und daß sie diesen Charakter eben nur unter und kraft der übertragenen öffentlichen Autorität erlangen. Nicht etwa in der Etatisirung einer Stelle, sondern wesentlich in der, wenn auch vorerst in engeren Gränzen übertragenen, in diesen aber selbstständigen Verwaltung richterlicher Geschäfte unter öffentlicher Autorität liegt das entscheidende Merkmal eines öffentlichen richterlichen Amtes, und dies trifft nicht bloß bei den mit vollem Stimmrecht fungirenden Richtern, sondern auch bei denjenigen Gerichts-Assessoren zu, welche cum voto limitato oder consultativo früher in Gemäßheit des § 62 Tit. 3 Th. III der Allgemeinen

Digitized by Google

Gerichts-Ordnung als Hülfsrichter bei den Justiz-Collegien bestellt wurden und jetzt in Gemäßheit des § 36 der Verordnung vom 2. Januar 1849 den Untergerichten als Mitglieder überwiesen sind. Danach faßt der Appellationsrichter den Begriff eines öffentlichen Beamten zu eng auf, wenn er denselben im vorliegenden Falle ausgeschlossen wissen will, insbesondere läßt sich bezüglich der jetzt den Gerichten als Mitglieder überwiesenen Assessoren nicht sagen, daß sie nur vorübergehend mit der Würde eines öffentlichen Amtes bekleidet seien. Denn die Mitgliedschaft im Sinne des § 36 der Verordnung vom 2. Januar 1849 dauert, wie dies Gesetz sagt, bis zur anderweitigen Anstellung im Staatsdienst, ist mithin als eine Continuität aufzufassen. Sicher aber läßt sich darauf ein entscheidendes Gewicht nicht legen, daß es im § 36 l. c. lautet:

> Referendarien — werden bis zu ihrer anderweitigen Anstellung zu Gerichts-Assessoren bestellt,

und nicht

> Referendarien — werden — angestellt.

Der Appellationsrichter ist sodann aber auch ferner der Ansicht, daß der § 212a. l. c. ein mit einer Besoldung verbundenes öffentliches Amt voraussetze, und hat dafür die Entstehungsgeschichte der gedachten Vorschrift, sowie deren inneren Grund geltend gemacht, auch eine Bestätigung dessen in dem § 90 des Anhangs zum Allgemeinen Land-Recht gefunden. Indeß auch hierin ist ihm nicht beizupflichten.

Allerdings ergiebt sich aus der Entstehungsgeschichte der §§ 212a. und b. l. c., daß man ursprünglich der Ansicht gewesen ist, daß das öffentliche Amt ein solches sein müsse, von dessen Einkünften der großjährige Sohn eine eigene Wirthschaft unterhalten könne. Dies hatte auch in dem § 155 Abschnitt 4 Theil I des Entwurfes eines allgemeinen Gesetzbuches seinen Ausdruck gefunden, und es hatte Suarez in der Revis. monit. unter Anderem bemerkt:

> Da der Sicherheit des Verkehrs im Publico daran gelegen ist, daß die Zeichen, woran man erkennen kann, daß ein Mensch, dessen Vater noch lebt, sui juris oder noch sub patria potestate sei, fest und sicher und so viel als möglich in die Augen fallend bestimmt werden: so hat man angenommen, daß ein majorenner Sohn aufhöre filius familias zu sein
>
> 1) wenn er separatam oeconomiam anstellt,
>
> 2) wenn er, auch ohne separatam oeconomiam zu haben, ein eigenes Gewerbe treibt, oder ein öffentliches Amt bekleidet.
>
> Dabei werden die Fragen aufgeworfen:
>
> a) — —

Digitized by Google

b) Ob, wenn der Sohn zwar ein öffentliches Amt bekleidet, womit aber keine Besoldung verknüpft ist, und er dabei im väterlichen Hause lebt, dennoch anzunehmen sei, daß er nicht mehr unter väterlicher Gewalt stehe.

— — Ad b dürfte wohl nicht gesagt werden, daß der Sohn, welcher ein öffentliches Amt bekleidet, womit aber gar keine Besoldung verknüpft ist, z. B. ein Referendarius, und der dabei noch in der Eltern Hause lebt, pro homine sui juris zu achten sei.

Es würde daher post § 209 zu inseriren sein:

Ist jedoch das Amt mit keiner festen Besoldung oder anderen die Stelle derselben vertretenden Einkünften verknüpft und lebt der damit bekleidete Sohn noch in des Vaters Hause, so kann nicht angenommen werden, daß derselbe der väterlichen Gewalt entlassen sei.

Indeß schon diese Vorgänge zeigen, daß man nicht den Mangel einer Besoldung schlechthin, sondern nur in Verbindung damit, daß der Sohn noch in des Vaters Hause lebe, als Hinderungsgründe im Auge hatte, und augenscheinlich entsprach dies der von Suarez bestätigten Intention, daß die Zeichen, woran man erkennen könne, ob ein Mensch, dessen Vater noch lebt, sui juris oder noch unter väterlicher Gewalt sei, fest, sicher und so viel als möglich in die Augen fallend bestimmt würden. Nun aber ist der so von Suarez specialisirte Vorschlag in keiner Weise in das Allgemeine Land-Recht übernommen worden; anstatt desselben ist vielmehr ohne ersichtliche Monita und Widerspruch dem § 212a. der § 212b. l. c. angereihet worden, welcher geradezu etwas Anderes ausspricht, nämlich, daß bei dem Falle des § 212a. die fortwährende Unterstützung von Seiten des Vaters durch Gebung des Tisches und sonst keinen Unterschied machen soll. Bemerkenswerth ist, was Suarez dazu in der Schlußrevision sagt:

Da die römische Emancipation bei uns schon längst obsolet geworden ist: so beruht unsere heutige Lehre von der Aufhebung der väterlichen Gewalt auf bloßen Gewohnheitsrechten und recipirten Meinungen der Rechtslehrer. Diese sind zum Theil sehr schwankend und ungewiß, und diese Ungewißheit kann auf der einen Seite den Kindern, sowie auf der anderen Seite den Dritten, die mit ihnen Verträge schließen, oft sehr nachtheilig und gefährlich werden. Der minorenne Referendarius, der in Berlin, der minorenne Offizier, der in Garnison lebt, hat separatam oeconomiam, und steht doch wohl noch unter väterlicher Gewalt. Ist er majorenn, muß aber noch vom Vater in seinem auswärtigen Wohnorte ernährt werden, so ist die Sache sehr zweifelhaft. Der majorenne Rath, der, weil er noch unverheirathet ist, bei seinem Vater im Hause lebt und an seinen Tisch geht, hat nicht separatam oeconomiam und ist doch gewiß ein homo sui juris. Auch über Aemter und Würden, welche denselben von der väterlichen Gewalt befreien oder nicht, wird viel gestritten. Das Gesetzbuch mußte also über diese so praktische Materie eine neue Theorie bilden, der man den Vorwurf nicht wird machen können, daß sie von

Digitized by Google

bisherigen allgemein recipirten Rechten, dergleichen wir gar nicht haben, abgehe, und bei deren Beurtheilung es also bloß auf Nützlichkeit, Zweckmäßigkeit und Zusammenhang mit dem übrigen Rechtssystem ankommt.

1. Ist der Sohn majorenn, so muß man die Aufhebung der väterlichen Gewalt möglichst begünstigen. Ein vier und zwanzigjähriger Mensch muß für fähig erachtet werden, seine Handlungen selbst zu dirigiren, und braucht nicht mehr den ihm in der Regel stets lästigen, das Publikum aber in vielen Fällen genirenden Kappzaum der väterlichen Gewalt. Daher sind separata oeconomia, Amt, eigenes Gewerbe, ohne Unterschied und Einschränkung für modos tollendi erklärt; § 210—213 u. s. w.

Im Hinblick auf diese charakteristische Bemerkung von Suarez muß angenommen werden, daß man bei der definitiven Redaktion des Gesetzes das ursprünglich aufgestellte Kriterium der mit dem öffentlichen Amte verbundenen Besoldung geflissentlich fallen und absichtlich weggelassen, dadurch aber zu erkennen gegeben hat, daß das Bekleiden eines öffentlichen Amtes schlechthin und ohne Rücksicht darauf, ob damit eine Besoldung verbunden ist oder nicht, ein Grund des Aufhörens der väterlichen Gewalt über den majorennen Sohn sein soll. Wo das wirklich bestehende Gesetz so wenig eine Spur des Merkmals der Besoldung enthält, wo der § 212b. gerade auf eine andere Auffassung, als die nach den Vorarbeiten der Redaktoren gewollte hinführt, ist man nicht berechtigt, jenes Merkmal wieder in das Gesetz hinein zu tragen und zu unterscheiden, ob das öffentliche Amt mit einer Besoldung versehen ist oder nicht, und ob in dem letzteren Fall der dasselbe bekleidende großjährige Sohn im väterlichen Hause lebt oder nicht. Zwar ist geltend gemacht, daß der im § 212b. gebrauchte Ausdruck: „Unterstützung" eine Andeutung dafür enthalte, daß man in dem § 212a. ein mit irgend einer Besoldung verbundenes Amt im Auge habe. Dabei wird aber diesem Ausdrucke eine Bedeutung und ein Gewicht beigelegt, welches er nicht hat. Auch dasjenige, was der Vater seinem großjährigen Sohne zur Subsistenz giebt, wenn dessen Berufsstellung keinen Verdienst gewährt, bezeichnet der Sprachgebrauch als Unterstützung, und außerdem würde man zu einer ungleichartigen Behandlung des nach § 212a. auf gleicher Linie stehenden Falles des Betreibens eines eigenen Gewerbes gelangen, welchen das Ober-Tribunal schon dann als vorhanden angenommen hat, wenn der großjährige Sohn überhaupt eine fortdauernde und gleichartige, gesetzlich erlaubte Beschäftigung gewählt hat, mit welcher er seinen Unterhalt ohne väterliche Unterstützung zu erwerben Willens und fähig ist.

Entscheidungen Band 22 Seite 382.

Daß es auch zur Zeit der Redaktion des Allgemeinen Land-Rechts öffentliche Aemter gab, mit welchen keine Besoldung verbunden war,

Digitized by Google

läßt sich unter Anderem im Hinblick auf § 62 Titel 3 Theil III der Allg. Gerichts-Ordnung nicht bezweifeln, und es kann deshalb auch nicht gesagt werden, daß man bei dem § 212a. nur ein mit Besoldung verbundenes öffentliches Amt im Auge gehabt haben könne. In der That läßt sich aber auch neben der nach Suarez Schlußvortrag gewollten Begünstigung der Aufhebung der väterlichen Gewalt bei einem großjährigen Sohne noch im Besonderen geltend machen, daß gerade in dem Funktioniren in einem öffentlichen Amte an sich und dem Publikum gegenüber innerer Grund genug dafür vorliegt, das väterliche Abhängigkeitsverhältniß mit seinen Folgen als aufgehoben anzusehen.

Nun hat zwar der § 90 des Anhangs zum Allgemeinen Land-Recht allerdings bestimmt, daß ein Offizier durch Erlangung der Majorennität von der väterlichen Gewalt nur alsdann befreit wird, wenn er zu einem solchen Posten avancirt, in welchem er der väterlichen Hülfe zu seinem Unterhalt nicht mehr bedarf, und ist die Analogie dieser aus dem Publikations-Patent vom 14. März 1797 entnommenen, dort aber nicht weiter motivirten Bestimmung in dem Rescripte vom 20. September 1806 auch bezüglich des Referendariats herangezogen worden. Allein schon ihre vielfach ausgesprochene Beschränkung auf aktive Offiziere, mehr noch ihre Abweichung von der Vorschrift des § 212b. l. c. läßt erkennen, daß sie ein in den militärischen Verhältnissen wurzelndes Spezialgesetz aufstellt, wie dies auch in einem Rescript des Justiz-Ministers vom 25. Mai 1829 ausgesprochen worden ist, und daher als Ausnahmegesetz auf andere, namentlich Civil-Aemter auch nicht analogisch Anwendung finden kann.

Als Resultat der obigen Erörterung stellt sich sonach heraus, daß der Revise zur Zeit der Ausstellung und Begebung des eingeklagten Wechsels ein öffentliches Amt bekleidet hat, und daß er deshalb und obschon er eine Besoldung noch nicht bezieht, vielmehr die Subsistenzmittel von seinem auswärts wohnenden Vater erhält, doch in Gemäßheit des § 212a. für entlassen aus der väterlichen Gewalt angesehen werden muß, wonach sich denn weiter sein Einwand der Wechselunfähigkeit als unbegründet darstellt. Die von ihm gegebene Entstehungsgeschichte des eingeklagten Wechsels ist einflußlos und außer Betracht zu lassen, da er spezielle Einwendungen darauf nicht gegründet und nicht aufgestellt hat. Der eingeklagte Wechsel ist für anerkannt zu erachten und auch sonst nicht zu bemängeln; der darauf gegründete Klageantrag erscheint gerechtfertigt, weshalb unter Abänderung der Appellations-Entscheidung das Erkenntniß erster Instanz wiederhergestellt werden muß.

Digitized by Google

Nr. 2.

Exterritorialität der preußischen Garnisonen in den Bundesfestungen. Collision der Rechte. Unverbindlichkeit einer Urkunde, wenn sie nicht im Contexte von dem Aussteller geschrieben.

Ein Rechtsfall, mitgetheilt vom Stadtgerichts-Rath Dr. Eberty in Berlin.

Der in Luxemburg damals garnisonirende X hatte am 5. Mai 1857 daselbst ein Schriftstück unterzeichnet, worin er dem Z erklärt,

> daß er für dessen Pflegetochter Y bis nach erfolgter Niederkunft und für das zu erwartende Kind bis zum gesetzmäßigen Alter in der Art sorgen werde, daß dadurch dem Z keine Kosten erwachsen sollten.

Laut Taufscheins ist von Y am 18. Juli 1857 dort ein Sohn geboren, als dessen Vater sich X angegeben, der, laut Auszugs aus den Civilstands-Registern der Stadt das Kind den Civilstands-Beamten der Gemeinde am 20. Juli 1857, als erzeugt von ihm mit der Y vorgezeigt, dem Kinde den Vornamen Fritz geben zu wollen erklärt und den Geburtsakt als Vater unterzeichnet hat.

Auf Grund dieses Schriftstücks nahm der Z den X auf Zahlung monatlicher Alimente für die Zeit vom 18. Juli 1857 bis 18. Juli 1858 mit 48 Thlrn. in Anspruch, indem er behauptete, daß er die Y, seine Pflegetochter, wie auch deren Kind bisher in der Pflege gehabt — und dafür monatlich 4 Thlr. fordert.

Verklagter bestritt die Behauptungen des Klägers und wendete ein:

1) Er sei vom Kläger bei Ausstellung jener Schrift in den Irrthum versetzt worden,
   a. daß er der Erzeuger jenes Kindes sei; die Y habe aber während der Conceptionszeit mit Andern zu thun gehabt, wie dies dem Kläger bekannt gewesen;
   b. ferner in den Irrthum, daß Kläger Pflegevater der Y sei; dies sei derselbe im Sinne des Art. 361 des Code Napoléon nie geworden.
2) Der Schuldschein sei ohne rechtliche Wirkung, da nach Art. 340 des Code Napoléon eine gesetzliche Verpflichtung zur Alimentation eines unehelichen Kindes für den Vater, selbst wenn das Kind auf gesetzliche Art anerkannt sei, nicht existire, und daher das Versprechen nach Art. 1108 und 1133 des Code Napoléon des erlaubten Grundes entbehre.

Digitized by Google

Die Y und deren Kind hätten daher kein Recht daraus erlangen können, —

abgesehen davon, daß sich Kläger für jene nichts versprechen lassen könne.

Die Y sei verheirathet, stehe unter Gewalt ihres Mannes, welcher auch die Rechte des Kindes zu vertreten habe.

Aus der nützlichen Verwendung habe aber Kläger keine Ansprüche, da Verklagter nicht verbunden sei, die Y und deren Kind zu alimentiren.

Kläger bestritt die Anführungen des Verklagten und entgegnete: auf die vom Gegner in Bezug genommenen gesetzlichen Vorschriften, welche an sich nicht zutreffend seien, komme nichts an, indem die preußische Garnison in Luxemburg nach den Grundsätzen der Exterritorialität, als auf preußischem Boden befindlich betrachtet werde; nur wenn die preußischen Gesetze dem Kläger vortheilhafter wären, würden diese zur Anwendung kommen.

Nach dem Gesetze vom 19. Juli 1832 (G. S. S. 132) wird aber die Gültigkeit der mit den Einwohnern von Luxemburg mündlich, oder unter Privatunterschrift abgeschlossenen Verträge — hinsichtlich ihrer Form — in Gemäßheit des § 111 Tit. 5 Th. I des A. L. R.

nach den dortigen Landesgesetzen

beurtheilt. Es hängt demnach von der Beobachtung der nach den Gesetzen des Auslandes nothwendigen Formen auch bei Gerichten des Inlandes die Gültigkeit des Vertrags ab.

cf. § 148 Tit. 5 Th. I des A. L. R.
Savigny, System Bd. VIII S. 354,

auch die Zusammenstellung der hierauf bezüglichen Entscheidungen des Ober-Tribunals bei

Bornemann, Erörterungen S. 99 und 108.

Der Art. 1326 des in Luxemburg geltenden Code Napoléon lautet nun:

> Le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit; ou du moins il faut qu'outre sa signature, il ait écrit de sa main un „bon" ou un „approuvé," portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose."

Hiernach hängt die Gültigkeit und Rechtsverbindlichkeit einer Privat-Urkunde über einen nach Gelde zu schätzenden Gegenstand, falls die Summe, für welche der Schuldschein gelten soll, darin nicht ausgedrückt

Digitized by Google

ist, davon ab, daß er von dem Sichverpflichtenden nicht bloß unterschrieben, sondern durchweg, seinem ganzen Inhalte nach, geschrieben sei.

Die Verpflegung einer Geschwängerten und deren Kindes ist offenbar ein nach Gelde zu schätzender Gegenstand, und findet der citirte Artikel auf den vorliegenden Fall Anwendung. Die vorliegende Urkunde hat daher, da die Summe, für welche sie gelten soll, überhaupt darin nicht ausgedrückt ist, keine rechtsverbindliche Kraft, wenn nicht nachgewiesen wird, daß der Aussteller sie nicht bloß unterschrieben, sondern auch durchweg geschrieben.

Es ist dies auch nicht der einzige Fall, in welchem die Gültigkeit einer Urkunde nicht von der Unterschrift, sondern von dem Schreiben des Inhalts von der Hand des Ausstellers abhängt. Ein Gleiches gilt in dem aus l. 28 Cod de heredibus instituendis (V. 23) entlehnten Falle des „testament olographe," dessen der Art. 970 des Code Napoléon gedenkt. Auch dem Preußischen Allgemeinen Landrecht ist eine solche Bestimmung nicht fremd. § 380 a Tit. 2 Th. II des A. L. R.

In Fällen solcher Art ist die Schriftprüfung, also auch der Diffessionseid, der Natur der Sache nach, nicht bloß auf die Unterschrift, welche an sich nicht verbindet, sondern auf den Text der Urkunde selbst zu richten,

(cf. Schlink, Commentar über die Französische Civil-Prozeß-Ordnung II. Bd. S. 290)

zumal, wenn wie hier, die Unterschrift anerkannt, aber das Schreiben des Contextes des Schuldscheins und wegen dieses Mangels die Rechtsverbindlichkeit desselben überhaupt bestritten wird.

Auf diesen Schuldschein gründet sich die Klage. Jedes Verfahren zur Unterstützung der Beweiskraft desselben ist um so mehr unstatthaft, da eigentlich nur ein Theil der aus dem Schuldschein entlehnten, präsumtiv 150 Francs weit übersteigenden Forderung eingeklagt wird.

Art. 1341—1344 des Code Napoléon.

(cf. Frey, Lehrbuch des Französischen Civilrechts I. Bd. S. 278.)

Es war daher von einem Eide darüber, daß Verklagter den Schuldschein vom 5. Mai 1857 nicht selbst geschrieben, vielmehr nur seine Unterschrift und Charakter unter denselben gesetzt,

(denn soviel war zugestanden)

die Entscheidung der Sache abhängig zu machen. Leistete Verklagter den Eid, so war Kläger als beweisfälliger Theil mit seiner Klage unter Zurlastlegung der Kosten abzuweisen.

Denn Verklagter hat keineswegs vor Gericht die Ausstellung des

Digitized by Google

Scheins, in der Art, daß er ihn ganz geschrieben, anerkannt, so, daß Art. 1356 des Code Napoléon außer Anwendung bleibt.

cf. Schlink, Commentar II. Bd. § 325—328.

So wie demnach die Abweisung des Klägers aus der Zerstörung des Klagfundaments im Falle der Eid geleistet wird, folgt, so folgt im entgegengesetzten Falle, aus der alsdann eintretenden Annahme, daß Verklagter auch den Context des Schuldscheins geschrieben, die Rechtsverbindlichkeit desselben und die Verurtheilung des Verklagten in der Hauptsache.

Denn die sonst von dem Verklagten aufgestellten Einwendungen sind unhaltbar.

Der Irrthum, in welchem er sich bei Ausstellung jenes Schriftstücks darüber befunden zu haben behauptet, daß er der Erzeuger jenes Kindes und Z dessen Pflegevater, oder der der Y sei, trifft nämlich nur das Motiv zu jener Willenserklärung. Die Unrichtigkeit des Beweggrundes entkräftet aber die Willenserklärung selbst nicht.

§ 147 Tit. 4 Th. I des A. L. R.

Kläger würde nur daraus keinen Vortheil ziehen können, wenn er vorsätzlich den Irrthum veranlaßt.

§ 148 a. a. O.

Dies läßt sich aber daraus, daß ihm bekannt gewesen sein soll, daß die Y mit anderen Mannspersonen innerhalb der Conceptionszeit den Beischlaf vollzogen, nicht folgern. Einer von mehren Concumbenten kann eben so wohl der Vater eines Kindes, dessen Mutter in der Conceptionszeit mit mehren Mannspersonen zu thun gehabt, sein, als der andere.

Ob der Kläger wirklich im gesetzlichen Sinne als Pflegevater zu betrachten, ist auch deswegen unerheblich, weil die Willenserklärung, wenn darin auch die Y als dessen Pflegetochter bezeichnet wird, doch wesentlich auf Entschädigung des Z für die durch die Schwangerschaft und Niederkunft dieser Person und die Erhaltung des von ihr zu gebärenden Kindes demselben erwachsenden Kosten geht. Die Eigenschaften der zu verpflegenden Person erscheinen hierbei unwesentlich.

§§ 75, 76 und 83 Tit. 4 Th. I des A. L. R.

Für die Y hat sich Kläger nichts versprechen lassen, sondern für sich.

Ebenso unhaltbar sind eben deswegen die aus der Beschaffenheit der Rechte der Mutter und des Kindes aus der Schwängerung entlehnten Einwendungen.

Es ist richtig, daß hierbei die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts zur Anwendung kommen würden.

Digitized by Google

cf. Präjudikat Nr. 339 vom 25. Sept. 1837;
Plenarbeschluß Nr. 2695 Entsch. B. 37 S. 1; auch
Bornemann, Erörterungen S. 137.

Aber um Rechte aus der Schwängerung handelt es sich hier nicht, sondern um aus dem Versprechen abgeleitete. Daß aber der entfernte Grund dieses Versprechens die Annahme, daß die Y vom Verklagten geschwängert sei, ein unerlaubter gewesen, läßt sich weder nach Französischem noch Preußischem Recht behaupten.

cf. Art. 1108 und 1133 des Code Napoléon mit
§ 206 Tit. 16 Th. I des A. L. R.

Wenn die Geschwängerte selbst sich das Versprechen hätte geben lassen, läge darin Nichts Unehrbares, da es sich ja nur um die Folgen der Schwängerung handelte. Schon Labeo sagte:

turpiter facit quod sit meretrix, non turpiter accipit, quum sit meretrix.

cf. Thibaut, Pandekten § 966.

Noch weniger kann man Unehrbarkeit dem Dritten vorwerfen, der sich Ersatz der ihm durch die Schwängerung einer Frauensperson erwachsenden Auslagen versprechen läßt.

Nr. 3.

Die Vorschrift des § 192 Tit. 17 Th. I des Allg. Land-Rechts — wonach bei Gesellschaftsverträgen, wenn durch die ausdrücklich verabredeten Beiträge der gemeinsame Endzweck gar nicht erreicht werden kann, jeder Mitgenosse, auch noch vor Ablauf der contractmäßigen Zeit, die Gesellschaft zu verlassen berechtigt ist — findet auf Actiengesellschaften keine Anwendung.

Für die landesherrlich bestätigte Bergbau-Actiengesellschaft Wilhelmina Victoria hatte der Justizrath G. ursprünglich sechs Actien zu 500 Thlrn. und bei einer zur Erhöhung des Stammkapitals veranlaßten zweiten Actienschöpfung vier Actien zu 500 Thlrn. gezeichnet. Von dem Verwaltungsrathe auf Zahlung der fälligen Raten von diesen letzten Zeichnungen belangt und in erster Instanz dem Klageantrage gemäß in contumaciam verurtheilt, machte der Verklagte unter Bezugnahme auf den § 10 des Gesetzes vom 9. November 1843*) und die Vorschrift des

*) Dahin lautend:
„Soweit das Statut über die Rechte und Pflichten der Actionaire gegen einander keine besondere Bestimmungen enthält, kommen die am Sitz der Gesellschaft geltenden gesetzlichen Vorschriften über Gesellschaftsverträge zur Anwendung."

Digitized by Google

§ 192 Tit. 17 Th. I des Allg. Land-Rechts*) in zweiter Instanz den Einwand geltend:

> daß der Zweck der Gesellschaft, welcher nach § 4 des Statuts darin bestehe, in den ihr gehörenden Bergwerksfeldern Bergbau zu betreiben, Steinkohlen zu gewinnen, Coaks daraus zu bereiten und die Produkte zu verwerthen, mit dem festgesetzten Grundkapitale gar nicht erreicht werden könne, weil es nicht möglich sei, damit die dazu erforderlichen Bauten, Anlagen, Maschinen und Utensilien herzustellen, und daß er daher berechtigt sei, aus der Aktiengesellschaft auszutreten und demzufolge auch die Einzahlung der geforderten Beiträge zu verweigern.

Durch das Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 15. Mai 1860 ist jedoch dieser Einwand aus folgenden Gründen verworfen und das Contumazial-Urtheil erster Instanz bestätigt worden.

Die Actiengesellschaften, welchen nach Ertheilung der landesherrlichen Bestätigung die Eigenschaft einer juristischen Persönlichkeit beigelegt wird, unterscheiden sich grade dadurch wesentlich von den einfachen offenen Gesellschaften, daß bei diesen letztern die einzelnen Mitglieder ihre Persönlichkeit den Gesellschaftszwecken unterstellen, wogegen bei der Actiengesellschaft die Actionaire sich nicht mit ihrer Persönlichkeit, sondern nur mit einem bestimmten Kapitale und nicht über den Betrag dieser Summe hinaus betheiligen.

Daher kommt auch die Person des einzelnen Actionairs nach Außen hin gar nicht in Betracht, und wenn man auch annehmen will, daß die Verpflichtungen, die er vertragsmäßig bis zur Höhe des eingeschossenen resp. des einzuschießenden Kapitals übernommen, den übrigen Actionairen gegenüber bestehen, so beschränken sie sich doch grade auf diesen Punkt. Auf die Wahrung der Zwecke der Gesellschaft, auf die Leitung deren Geschäfte, endlich auf das Bestehen derselben hat der einzelne Actionair gar keinen Einfluß. Der verwaltende Vorstand und die Generalversammlung nehmen dieses wahr. — Anders bei der einfachen Gesellschaft. Bei dieser tritt, wie bemerkt, die Persönlichkeit der Gesellschafter in den Vordergrund, jeder befindet sich als Socius der Persönlichkeit der Andern gegenüber, gegen ihre einzelnen Personen hat er die Actio pro socio und von ihnen als ihm verbundene Persönlichkeiten trennt er sich, wenn er aus der Gesellschaft ausscheidet. Dieses Ausscheiden, das Verlassen

---

*) § 192. „Auch ist unter diesen Umständen, wenn nämlich durch die ausdrücklich verabredeten Beiträge der gemeinsame Endzweck gar nicht erreicht werden kann, jeder Mitgenosse, auch noch vor Ablauf der contractmäßigen Zeit, die Gesellschaft zu verlassen berechtigt."

Digitized by Google

der Gesellschaft auch im Falle des vom Verklagten in Bezug genommenen § 192 Tit. 17 Th. I A. L. R., ist demnach auch eine theilweise Auflösung der Gesellschaft, denn der austretende Socius muß wegen seines Antheils an dem Gesellschaftsvermögen event. auch nur des passiven, abgefunden werden und die nach dem Ausscheiden eines oder mehrerer Mitglieder in einem Gesellschaftsverbande verbleibenden Gesellschafter bilden streng genommen nicht mehr die alte, sondern eine andere Gesellschaft. Bei der Actiengesellschaft ist nach dem oben bereits Bemerkten es juristisch nicht möglich, daß ein Gesellschafter als solcher von den übrigen sich trennt, weil ihre Persönlichkeiten nicht in Betracht kommen, der Begriff der Gesellschaft vielmehr in dem der Genossenschaft der juristischen Person aufgeht. Der einzelne Actionair hat aber auch nicht das Recht, seinen Quotenantheil, seine Actie, aus der Gesellschaft, dem Gesellschaftsvermögen, zurückzuziehen, weil über dieselbe, so weit sie das Gesellschaftsvermögen bilden hilft, nur die Gesellschaft selbst durch ihre Organe verfügt. Sofern die Actie zum Privatvermögen des Actionairs gehört, mag er sie, soweit Statuten nicht entgegenstehen, einem Andern übertragen, was durchgängig zu gestatten sein wird, weil, wie bemerkt, bei den Actiengesellschaften die Persönlichkeit des Actionairs zurücktritt, aber der Gesellschaft gegenüber, d. h. soweit der Actienvertrag in dem Gesellschaftsvermögen eingeschlossen liegt, und als solches zu den Gesellschaftszwecken mitwirken soll, hat er darüber als Einzelner keine Disposition. Er kann deshalb auch, sofern er den Betrag der Actie noch nicht ganz eingezahlt haben sollte, die rückständigen Zahlungen nicht zurückhalten, denn in Ansehung dieser ist er Schuldner der Gesellschaft, § 16 des Gesetzes vom 3. November 1843. Es liegt auch außer seiner Macht, auf eine Auflösung der Gesellschaft, sowohl einer theilweisen als völligen anzutragen, und zwar aus demselben Grunde. Dieses ist auch ausdrücklich in § 28 des alleg. Gesetzes verordnet. Das in dem alleg. § 192 Tit. 17 Th. I A. L. R. dem einzelnen Gesellschafter gestattete Ausscheiden ist, wie schon bemerkt, in Beziehung auf den Ausscheidenden eine Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses, eine theilweise Theilung. Dazu ist nach dem allegirten § 28 des Gesetzes vom 3. November 1843 der einzelne Actionair nicht befugt. Die Auflösung der Actiengesellschaft kann nur in den im § 28 vorgesehenen Fällen erfolgen. Daraus ergiebt sich, daß der § 192 l. c. auf Actiengesellschaften keine Anwendung finden kann.

Vergl. Gerber, System des deutschen Privatrechts § 198;
auch Thöl, Handelsrecht Band 1 § 47.

Bei solcher Bewandniß hat daher auch die vom Verklagten be-

Digitized by Google

hauptete Unzulänglichkeit des gezeichneten Actienkapitals für den vorliegenden Prozeß keine Bedeutung. Denn das, was Verklagter auf dem eingeschlagenen Wege erreichen will, kann er nicht als Einzelner durchsetzen, ob er es auf dem Wege eines Beschlusses der General-Versammlung wird durchsetzen können, kann ihm anheimgestellt bleiben.

Die Beweisaufnahme über die einzelnen Behauptungen mußte als unerheblich unterbleiben. Dagegen muß die Verpflichtung des Verklagten, auf Grund seiner Zeichnungen auf die ausgeschriebenen Raten einzuzahlen, nachdem was im Obigen darüber bereits erwähnt ist, anerkannt werden, und war deshalb das denselben zu der Einzahlung der ausgeschriebenen Raten nebst Zinsen verurtheilende Erkenntniß erster Instanz aufrecht zu erhalten.

Die von dem Verklagten gegen diese Entscheidung erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist durch das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 22. Juni 1861 zurückgewiesen worden.

G. 363.

Nr. 4.

Der in Folge einer Expropriation geltend gemachte Anspruch wegen erschwerter Bewirthschaftung der übrig gebliebenen Grundstücke unterliegt nicht der im § 54 Tit. 6 Th. I des Allg. Land-Rechts bestimmten dreijährigen Verjährungsfrist.

In einer Prozeßsache, betreffend die Feststellung des außerordentlichen Werthes mehrerer zum Zwecke einer Eisenbahnanlage expropriirten Grundstücke, machte der Kläger unter Andern geltend, daß durch die Expropriation die Bewirthschaftung der ihm verbliebenen Grundstücke erheblich erschwert worden sei. Der Verklagte fand hierin die Ersatzforderung für einen außerhalb eines Vertrages erlittenen Schaden und setzte daher dem Kläger unter Bezugnahme auf § 54 Tit. 6 Th. I des Allg. Land-Rechts*) den Einwand der Verjährung entgegen.

Dieser Einwand ist jedoch durch das Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 11. Oktober 1860 aus folgenden Gründen verworfen worden:

*) § 54. „Wer einen außerhalb dem Falle eines Contracts erlittenen Schaden innerhalb dreier Jahre, nachdem das Daseyn und der Urheber desselben zu seiner Wissenschaft gelangt sind, gerichtlich einzuklagen vernachlässigt, der hat sein Recht verloren."

Digitized by Google

Nach der Deklaration vom 31. März 1838 soll der § 54 I. 6. A. L. R. zwar auch auf Beschädigungen, welche außerhalb eines Contracts durch erlaubte Handlungen, wie namentlich bei Gelegenheit öffentlicher Anlagen, verursacht sind, zu beziehen, — „die Vergütung für das zu solchen Anlagen abzutretende Eigenthums- oder Nutzungsrecht" — jedoch hierunter nicht begriffen, sondern der ordentlichen Verjährung unterworfen sein. Als solche Vergütung der expropriirten Theile stellt sich aber der fragliche Anspruch aus der durch die Expropriation bewirkten Erschwerung der Bewirthschaftung der dem Kläger verbliebenen Grundstücke dar. Jene Vergütung umfaßt nämlich nach § 9 I. 11 A. L. R. alles dasjenige, was zum außerordentlichen Werthe der expropriirten Stücke gehört. —

Unter Letzterem wird nach § 114 I. 2 A. L. R. derjenige Nutzen einer Sache verstanden, welchen dieselbe nur unter gewissen Bestimmungen oder Verhältnissen leisten kann. Die Bedeutung dieses Satzes ergiebt sich aus der Vergleichung mit der Definition des gemeinen Werthes und des Werthes der besondern Vorliebe. Der gemeine Werth ist nach § 112 I. 2 A. L. R. derjenige Nutzen einer Sache, welchen dieselbe einem jeden Besitzer, also an und für sich, ohne Rücksicht auf besondere Verhältnisse, gewähren kann. Der Werth der besonderen Vorliebe begreift dagegen nach § 115 l. c. zwar auch besondere Eigenschaften und Verhältnisse, aber nur solche, welche in der Meinung des Besitzers wurzeln. Der außerordentliche Werth umfaßt also im Unterschiede vom gemeinen Werthe und dem Werthe der besondern Vorliebe alle besonderen Bestimmungen und Verhältnisse der Sache, sofern dieselben nur nicht in der bloßen subjectiven Meinung der Person begründet sind, sondern in objectivem Zusammenhange mit der Sache stehen. Unter diesen Begriff fällt nun aber offenbar auch der Vortheil, welchen die expropriirten Theile durch ihren früheren Zusammenhang mit den übrigen Grundstücken des Besitzers, als solchen, für die Bewirthschaftung darboten. Der Ersatz dieses Vortheils, berechnet nach der durch die Aufhebung desselben bewirkten Erschwerung der Arbeit, stellt also einen Theil der Vergütung des außerordentlichen Werthes jener expropriirten Stücke dar, welcher als solcher nach der citirten Declaration vom 31. März 1838 der dreijährigen Verjährung nicht unterliegt.

C. 253.


Digitized by Google

Nr. 5.

Nach welchen Grundsätzen ist der Streit über den Umfang einer Wegegerechtigkeit zu entscheiden?

Der Besitzer eines Weidegrundstückes, an welchem dem Nachbar das Recht zustand, seinen Fahrweg über dasselbe Behufs der Bewirthschaftung seines dahinter gelegenen Ackerlandes zu nehmen, fand sich dadurch beschwert, daß der Servitutberechtigte sich dieses Weges nicht bloß zu gewöhnlichen Culturzwecken, nämlich zur Dünger=, Saat= und Erndtezeit, sondern auch den ganzen Sommer hindurch zur Abholung von grünen Futterkräutern bediente. Sein Antrag, den Verklagten zu einem solchen als Ueberschreitung bezeichneten Wegegebrauche nicht für befugt zu erklären, ist jedoch in beiden Instanzen zurückgewiesen worden.

Die Entscheidung zweiter Instanz, des Appellationsgerichts zu Hamm, vom 29. November 1860 beruht auf folgenden Gründen:

Es ist zunächst, was die Beweislast betrifft, unzweifelhaft, daß, wenngleich Kläger die Existenz einer dem Verklagten zustehenden Wegegerechtigkeit an sich eingeräumt hat, Letzterem dennoch der Beweis des von ihm behaupteten Umfanges seines Rechts obliegt. Es folgt dies schon aus dem Grundsatze, daß Beschränkungen und Belastungen des Eigenthums — und um eine solche, um ein jus in re aliena, handelt es sich hier — niemals vermuthet werden (§ 181 I. 7, § 23 I. 8, § 14 I. 19 A. L. R.), eine Vermuthung, die durch das von dem Eigenthümer der dienenden Sache abgegebene Zugeständniß einer Belastung natürlich nur soweit beseitigt wird, als dieses Zugeständniß reicht. Es kommt hinzu, daß nach § 15 I. 19 A. L. R., wenn das Dasein einer Einschränkung klar, die Art derselben aber streitig ist, die Vermuthung für diejenige Art der Einschränkung streitet, welche dem Eigenthümer am Wenigsten lästig ist. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf eine Einschränkung der vorliegenden Art, eine Grundgerechtigkeit, ist um so unzweifelhafter, als der sich auf Grundgerechtigkeiten beziehende § 26 I. 22 A. L. R. ausdrücklich auf die im Titel 19 enthaltenen Bestimmungen verweist. Von diesen Grundsätzen geht auch der erste Richter aus. Er hält nun den, dem Verklagten hiernach obliegenden Beweis durch die Gutachten der in der ersten Instanz vernommenen Sachverständigen für erbracht. Es sind nämlich die Sachverständigen übereinstimmend der Ansicht, daß bei einer Culturwegegerechtigkeit der Eigenthümer des berechtigten Grundstücks befugt sei, sich zu allen öconomischen Bedürfnissen und zu allen Zeiten des Weges über das dienende Grundstück zu bedienen, und daraus folgert

Digitized by Google

der erste Richter, daß der Verklagte, da Kläger selbst ihm einen Culturweg zugestehe, sich durch die in Rede stehenden Besitzhandlungen keiner Ueberschreitung seines Rechts schuldig gemacht habe. Es muß indessen von jenem Gutachten gänzlich abgesehen werden, da die hier zu entscheidende Frage überhaupt einen Sachverständigenbeweis gar nicht zuläßt. Es handelt sich nämlich hier nicht um die Ermittelung factischer Verhältnisse, die nur dem Sachkundigen erkennbar sind, sondern um die rechtlichen Schranken einer an sich unstreitigen Befugniß. Diese zu ermitteln und festzustellen, ist lediglich Sache des Richters und dazu allein sein sachverständiges Urtheil geeignet. Es bedarf aber auch jener Gutachten der Sachverständigen gar nicht, um dennoch die Entscheidung des ersten Richters als begründet erscheinen zu lassen. Die Grundlage der von dem Kläger dem Verklagten zugestandenen Wegegerechtigkeit bildet die Verjährung. Mit Recht nimmt daher Kläger den Grundsatz für sich in Anspruch, daß die Grenzen des fraglichen Rechtes sich nur soweit erstrecken, als der Besitz während des Laufes der Verjährung gegangen ist: tantum praescriptum quantum possessum § 666 I. 9, § 28 I. 22 A. L. R. — Er gibt diesem Grundsatze indessen eine zu weit gehende Bedeutung. Es kann derselbe vernünftiger Weise nämlich nur dahin verstanden werden, daß bei einer durch Verjährung erworbenen Servitut der Berechtigte sich nur einer solchen Ausübung seines Rechts zu enthalten habe, welche von der innerhalb der Verjährungszeit Statt gehabten Ausübung wesentlich abweicht und sich als ganz ungewöhnliche Art der Benutzung des durch die Verjährung begründeten Rechts darstellt; es kann dagegen nicht jedesmal darauf ankommen, ob der vorliegende einzelne Act der Ausübung auch bereits durch die ganze Verjährung hindurch vorgenommen sei, sondern eben nur darauf, ob dieser einzelne Act dem Charakter des Rechts im Allgemeinen entspricht.*) Diese Grundsätze auf den vorliegenden Rechtsstreit angewandt, ergibt es sich klar,

---

*) Uebereinstimmend hiermit wird in einem Urtheile des O. A. G. zu Dresden vom 16. Juni 1859 gesagt:

Bei Wegebefugnissen steht eine während der Verjährungszeit stattgefundene, den gewöhnlichen Verhältnissen entsprechende Veränderung in der wirthschaftlichen Benutzung des herrschenden Grundstücks dem Gelingen eines auf Verjährung gegründeten Beweises nicht entgegen. Eine dem Grundsatze „tantum praescriptum quantum possessum“ zufolge zu beachtende Ungleichmäßigkeit der Besitzhandlungen würde vielmehr erst dann eintreten, wenn eine außergewöhnliche oder eine für das dienende Grundstück besonders lästige Benutzung nur während eines Theiles der Verjährungsperiode eingetreten wäre.

Seuffert, Archiv B. 13 Nr. 236.

Digitized by Google

daß der Verklagte durch die gerügten Besitzhandlungen sich keiner Ueberschreitung seines Rechts schuldig gemacht hat. Der Kläger gesteht ihm nämlich eine Wegegerechtigkeit zu Culturzwecken zu seinem Acker „der Kleikamp" zu. Es folgt daraus, daß er sich des streitigen Weges in allen Fällen zu bedienen befugt ist, wo es die gewöhnliche Cultur seines Ackers erheischt. Es ist nun aber notorisch, daß gerade in der hier fraglichen Gegend das Bestellen eines Ackers mit Klee und das Aberndten desselben sowohl in grünem frischen, als auch in getrocknetem Zustande zu den ganz gewöhnlichen Culturarten gehören; es kann also keine ungewöhnliche Art der Benutzung eines Culturweges darin gefunden werden, wenn der Berechtigte sich zur Aberndtung des Klees selbst in grünem Zustande desselben bedient. Demnach kann sich Kläger auch nicht auf den § 21 I. 19 A. L. R. berufen, welcher dem Berechtigten gerade nur ungewöhnliche, dem Eigenthümer zur Beschwerde gereichende Arten der Ausübung ohne Einwilligung des Eigenthümers untersagt. Es macht auch keinen Unterschied, daß die hier in Frage stehenden Besitzhandlungen nicht von dem Verklagten selbst, sondern von dritten Personen in seinem Auftrage vorgenommen sind. Denn es liegt darin, wie bereits von dem ersten Richter überzeugend ausgeführt ist, nicht die allerdings nach § 22 I. 19 A. L. R. unzulässige Uebertragung eines zur Nothdurft einer bestimmten Sache eingeräumten Rechts auf ein anderes Subject, sondern nur die Uebertragung seiner Ausübung, und diese kann, soweit dabei die Schranken des Rechts selbst inne gehalten werden, nicht als unzulässig erscheinen. Es folgt aber aus dem Vorigen, daß der Verklagte selbst zu solchen Besitzhandlungen, wie die in Rede stehenden, für befugt erachtet werden muß. Es ist endlich völlig irrig, wenn der Kläger in der Rechtfertigungsschrift den Hof des Verklagten als das berechtigte Grundstück bezeichnet und daraus schließt, daß auch nur der Besitzer oder Pächter des Hofes zur Ausübung der streitigen Gerechtigkeit befugt sein könne. Als praedium dominans stellt sich vielmehr der Acker „der Kleikamp" dar; nur um dessen Cultivirung zu ermöglichen, ist die fragliche Servitut bestellt. Es müßte sonst angenommen werden, daß mit einem Verkauf „des Kleikamps" jene Servitut unter und nicht auf den neuen Erwerber mit überginge, woraus das Resultat entstehen könnte, daß der Kleikamp von aller Verbindung mit den allgemeinen Verkehrswegen abgeschnitten und somit seine Cultivirung überhaupt unmöglich würde. Es ist aber auch in der Klage keine Andeutung davon enthalten, daß der Hof des Verklagten als das berechtigte Subject zu betrachten. Es ist demnach auch völlig unerheblich, ob, wie Kläger in der jetzigen Instanz noch behauptet, Verklagter 100 Morgen Acker besitzt und also der ihm durch

Digitized by Google

die Beschränkung seiner Servitut erwachsende Schade ersichtlich weit geringer sein wird, als der dem Kläger durch die Ausübung derselben in der von dem Verklagten behaupteten und prätendirten Ausdehnung erwachsende. Es kann sich nur darum handeln, ob dem Verklagten das Recht wirklich in der von ihm behaupteten Ausdehnung zusteht und das ist allerdings nach dem Vorigen anzunehmen.

H. 1134.

Nr. 6.

Unstatthaftigkeit der Entschädigungsklage einer Gewerkschaft, welche zur Sicherheit einer Eisenbahnstraße bei ihrem Bergbaue Sicherheitspfeiler stehen zu lassen genöthigt worden ist.*)

Der Gewerkschaft einer Steinkohlenzeche war durch bergamtliche Verfügung aufgegeben worden, auf ihren Flötzen zur Sicherheit der später angelegten Dortmund-Soester Eisenbahn mehrere Pfeiler unverhauen stehen zu lassen. Sie hielt sich deshalb für berechtigt, die betreffende Eisenbahn-Gesellschaft auf Erstattung des durch die Befolgung jener polizeilichen Maßregel ihr erwachsenden Schadens und entgehenden Gewinnes in Anspruch zu nehmen. Durch die übereinstimmenden Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Dortmund vom 16. Januar 1861 und des Appellationsgerichts zu Hamm vom 10. October 1861 ist jedoch dieselbe mit ihrem Klageantrage abgewiesen worden.

Die Gründe des Appellationsrichters lauten:

Die Klage gründet sich darauf, daß Klägerin, deren Belehnung älter ist, als die Concession der Eisenbahn, durch bergamtliche Verfügungen gezwungen sei, im Interesse der Bahn zu ihrem eigenen Schaden Sicherheitspfeiler stehen zu lassen, und daß daher die Verklagte den Schaden ersetzen müsse.

Sieht man vorläufig von dem Zwecke der Bahn, als einer im öffentlichen Interesse errichteten Verkehrsanstalt, gänzlich ab, und faßt die Verklagte lediglich als Privatperson auf, welche auf ihrem Grundstücke einen Bau errichtet hat, zu dessen Gunsten bergamtliche Verfügungen ergangen sind, so ist zunächst nicht einzusehen, wie dadurch ein Rechtsnexus zwischen der Klägerin und der Verklagten hat entstehen

---

*) Vergleiche die Beurtheilung des mitgetheilten Rechtsfalles von dem Gerichts-Assessor Ebmeier in Brassert's und Achenbach's Zeitschrift für Bergrecht Jahrg. II S. 68 f.


Digitized by Google

können. Die Bergbehörde kann weder als Mandatar, noch als negotiorum gestor der Verklagten betrachtet werden; ein directes Contractsverhältniß zwischen den Parteien liegt ebensowenig vor; von einem Delicte oder Quasi-Delicte, welches einen Entschädigungsanspruch begründen sollte, kann keine Rede sein, da der Grundbesitzer nur sein Recht ausübt, wenn er sein Grundstück bebaut, und eine actio in factum wegen Bereicherung kann deshalb nicht angenommen werden, weil die Verklagte Nichts aus dem Vermögen der Klägerin erhalten hat. Es ist daher der Einwand der Verklagten, es mangele ihr die Passiv-Legitimation, wohl begründet.

Aber auch materiell betrachtet erscheint der Klageanspruch hinfällig. „Auf Sachen, welche noch in keines Menschen Eigenthum gewesen sind, hat der Staat ein vorzügliches Recht zum Besitz." „Sachen dieser Art können ohne Einwilligung des Staats von keinem Andern in Besitz genommen werden." „Hierzu gehören unterirdische Schätze der Natur." §§ 1, 2 und 6 Th. II Tit. 16 A. L. R. Hiernach steht dem Staate nicht ein privatives Eigenthum an den dem Bergregal unterworfenen Naturschätzen zu, sondern es werden dieselben als herrenlos betrachtet, und dem Staate wird nur ein ausschließliches Recht zur Besitznahme beigelegt. Dieses Recht zur Besitznahme der Fossilien überträgt der Staat durch Belehnung auf den Bergbauenden. Letzterer erhält daher keineswegs das Eigenthum an dem Grundstücke, ebensowenig das Eigenthum an den Fossilien, sondern nur das, bis dahin dem Staate zustehende Recht zur Besitznahme. Dieses Recht zu regeln, hat sich der Staat besonders vorbehalten, indem Th. II Tit. 16 A. L. R. bestimmt wird: § 82. „Jeder Beliehene muß sein Bergwerkseigenthum den Grundsätzen der Bergwerkspolizei gemäß benutzen und kann sich dabei der Aufsicht und Direction des Bergamts nicht entziehen."

§ 108. Der Bergbauende „bleibt allemal der Oberaufsicht des Staats, den allgemeinen Bergpolizeigesetzen und den Entscheidungen des Bergamts unterworfen."

Diese Bestimmungen sind nicht, wie Klägerin will, allein dahin aufzufassen, daß der Bergbauende nur den specifisch bergpolizeilichen Anordnungen des Bergamts unterworfen ist; denn alsdann enthielten die Gesetzesstellen in den Ausdrücken „Oberaufsicht des Staats, Aufsicht und Direction des Bergamts und allgemeinen Bergpolizeigesetzen" eine reine Tautologie, was bekanntlich nicht anzunehmen ist. Es ist vielmehr der Bergbauende nach den angeführten Paragraphen verpflichtet, sich auch diejenigen Verfügungen des Bergamts gefallen zu lassen, welche im einzelnen Falle in Rücksicht auf das öffentliche Wohl, auf die Sicherheit

Digitized by Google

des Eigenthümers der Oberfläche, oder aus sonstigen staatlichen Gründen nothwendig erscheinen. Eine Anwendung von diesem Grundsatze enthält der § 207 l. c., nach welchem die Sohle unter der Stollenstrecke ohne Erlaubniß des Bergamts nicht verhauen oder unterwerket werden darf. — Die Verleihung des Bergwerkseigenthums Seitens des Staats an den Bergbauenden enthält mithin die Bedingung, daß der Bergbauende sich allen Verfügungen des Staats unterwerfe, und den Bau nach Anleitung des Bergamts betreibe. Erklärt nun der Staat, wie hier, es seien zur Sicherung der Oberfläche Pfeiler stehen zu lassen, so ist dies lediglich eine in der Polizeigewalt des Staats und in der Berghoheit desselben liegende Befugniß, welche er sich bei der Abtretung des Bergwerkseigenthums ausdrücklich vorbehalten hat. Eine Entschädigung aber kann der Bergbauende dieserhalb auf Grund der von der Klägerin angeführten gesetzlichen Bestimmungen — §§ 74 u. 75 Einl. zum A. L. R., Art. 9 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850, §§ 29 bis 31 Th. I Tit. 8 A. L. R. — nicht verlangen, weil das Eigenthum des Rechts zur Gewinnung der Fossilien geradezu unter der Bedingung verliehen *ist, sich* den Vorschriften der Staatsgewalt zu unterwerfen, weil diese Beschränkung dem Bergwerkseigenthum gesetzlich inne wohnt; und wie nach § 1 u. 2 Th. I Tit. 22 A. L. R. der Grundeigenthümer für die gesetzlichen Einschränkungen und Belastungen seines Grundstücks keine Entschädigung fordern kann, ebensowenig kann es auch der Bergbauende für die gesetzliche Beschränkung seines Rechts. Wenn man hierbei ferner erwägt, daß der Grundeigenthümer, und als solcher kommt hier die Verklagte in Betracht, zur Ausübung aller in seinem Eigenthum liegenden Befugnisse dem Bergbau gegenüber berechtigt bleibt, und der Bergbauende, wenn er den Eigenthümer des Grund und Bodens in der Ausübung des Eigenthums hindert oder beeinträchtigt, Entschädigung leisten muß, — § 112, 113 u. 115 Th. II Tit. 16 A. L. R. cf. Entsch. des Ober-Tribunals vom 23. September 1859, Strieth. Arch. Bd. 35 S. 95; — so kommt man zu dem Resultate, daß die Verklagte zur Anlage der Bahn als Grundeigenthümer wohl berechtigt war, die Klägerin also hierdurch nicht beschädigen konnte — § 94 Einl. § 36 Th. I Tit. 6 A. L. R.; — daß im Gegentheil die Klägerin der Verklagten bei einer Beschädigung der Bahn durch den Bergbau Schadensersatz leisten müßte. Dieser Ansicht steht der § 116b. Th. II Tit. 16 A. L. R. nicht entgegen. Zunächst ist es nämlich mindestens zweifelhaft, ob die Benutzung eines Grundstücks als Eisenbahnlinie, resp. die Anlage eines Eisenbahndammes zu denjenigen Anlagen gehört, welche in dem, als Ausnahme von der allgemeinen Rechtsregel strict zu interpretirenden § 116b. vorgesehen sind.

Digitized by Google

Denn durch die Anlage des Schienenweges wird das Grundstück nur für die, dem Grundeigenthümer freistehende neue Benutzung als Eisenbahnlinie, als Weg geschickt gemacht, und in der Anlage des bald mehr bald weniger mächtigen Dammes kann nicht unter allen Umständen eine Vorrichtung gefunden werden, welche der erwähnte Paragraph im Sinne hat. Allein auch abgesehen hiervon treffen die Voraussetzungen des § 116b nicht zu. Denn bei Anlage einer Eisenbahn wird die Bahnlinie in ihrer vollständigen Durchführung von dem Handels-Ministerium, also einer Staatsbehörde, unter welcher die Bergämter ressortiren, genehmigt. — § 4 des Gesetzes vom 3. November 1838; — von der Staatsbehörde also die Stelle bestimmt, wo die Gesellschaft, der Grundeigenthümer, bauen soll, und es ist daher unerheblich, ob gerade das Bergamt die Stelle, wo gebaut werden soll, angewiesen hat, da dieses Seitens der höheren, vorgesetzten Behörde geschehen ist, und vorausgesetzt werden muß, daß Letztere durch vorherige Communication mit den Behörden ihres Ressorts etwaige Bedenken erledigt hat. Hat nun die Bergbehörde die Klägerin angehalten so zu bauen, daß der sonst von der Klägerin zu ersetzende Schaden nicht eintritt, so kann die Klägerin dieserhalb nicht die Verklagte anhalten, für diese Verfügung aufzukommen, denn sonst käme man zu dem widersinnigen Resultate, daß bei wirklichem Eintritt des Schadens die Klägerin, bei Verhütung desselben die Verklagte den Schaden tragen müßte. Bis hierher ist vorausgesetzt, daß der Verklagte lediglich als Privatperson, die eine Privat-Anlage auf ihrem Grundstücke errichtet hat, in Betracht kommt. Weitere Gründe für die Unzulässigkeit der Klage ergeben sich aber daraus, daß die Eisenbahnen zugleich öffentliche Anstalten sind. Die Anlage und Unterhaltung der im öffentlichen Interesse erforderlichen Communications-Mittel ist Pflicht des Staates, — § 4. u. 11 Th. II Tit. 15 A. L. R.; — welchem dagegen auch die regelmäßige Beförderung von Personen und Sachen ausschließlich als Postregal zusteht — § 1 Gesetz vom 5. Juni 1852. — Von diesen im Postregal liegenden Befugnissen werden bei Concessionirung einer Eisenbahn verschiedene der Gesellschaft eingeräumt: die regelmäßige Beförderung von Personen und Sachen, wogegen die Gesellschaft die sichere Beförderung unter Aufsicht des Staates übernehmen muß, § 24 des Gesetzes vom 3. November 1838. Die Gesellschaft übt also im Namen des Staats und unter dessen Aufsicht einen Theil des Postregals für ihre Rechnung aus, während der Bergbautreibende das Bergregal im Namen und unter Aufsicht des Staats auf seine Rechnung ausübt. Wie nun unzweifelhaft im Interesse des öffentlichen Verkehrs der Bergbau vom Staate nur in der vom Bergamte geforderten Weise ausgeübt

Digitized by Google

werden würde, und ein Streit zwischen Post- und Bergwerks-Fiskus nicht vorkommen könnte, da beide nur Unterabtheilungen des einheitlichen Staats sind; ebensowenig kann der Klägerin ein Schadensanspruch gegen den Verklagten zustehen, wenn sie vom Staate gezwungen wird, das ihr vom Staate verliehene Bergwerkseigenthum so auszuüben, daß dadurch die übrigen öffentlichen Interessen des Staats nicht gefährdet werden, zumal dadurch der Klägerin das Bergwerkseigenthum, das Recht die Fossilien in Besitz zu nehmen, nicht entzogen, sondern nur in seiner Ausübung beschränkt wird. — cf. Entsch. des Ober-Tribunals vom 15. November 1850, Entsch. Bd. 20 S. 101. — Von einer Expropriation endlich, wie die Klägerin will, kann keine Rede sein. da aus dem Eigenthum der Klägerin Nichts in das der Verklagten übergegangen ist.

F. 395.

Nr. 7.

Aufgebot der Lehnsagnaten behufs Zuschlags des Lehns an den Allodialerben des letzten Lehnsbesitzers.

Mitgetheilt von dem Tribunals-Rath Dr. Reusch in Königsberg in Pr.

Der Besitzer des Mannlehns K verstarb und hinterließ als einzige Allodialerbin seine Tochter. Diese trat mit der Behauptung auf, daß der ganze lehnsberechtigte Mannsstamm ausgestorben sei, und brachte bei dem Königl. Kreisgerichte N das Aufgebot (A. G. O. I. 51. § 146. cf. A. L. R. I. 9. § 477 ff.) mit dem Antrage aus:

> die unbekannten Lehnsagnaten zu präkludiren und zugleich das Lehn ihr selbst als Eigenthum zuzuschlagen,

indem das Obereigenthum des Lehnsherrn durch Abl.-Ges. vom 2. März 1850, § 2 Nr. 1 aufgehoben sei, also — zumal bei dem Lehne K. der Staat selbst Lehnsherr gewesen — der Fall der Entsagung — A. L. R. I. 18 § 856 — vorliege und das Lehn schon in der Hand ihres Vaters Allod geworden wäre.

Das Kreisgericht überreichte diese Provokation dem vorgesetzten Ostpreußischen Tribunal mit dem Anheimgeben, als kompetenter Lehnshof das Weitere zu veranlassen, erhielt sie jedoch zur selbstständigen Verfügung zurückgefertigt.

Gründe. Als Lehnshof im Sinne des A. L. R. I 18 § 166 ff., d. h. als ein Gericht, welches die Jurisdiktion des Lehnsherrn ver-

Digitized by Google

waltet, kann sich das Tribunal, seitdem die Lehnsherrlichkeit (Thronlehen ausgenommen) aufgehoben ist, nicht mehr betrachten. Allerdings liegt ihm die Bearbeitung der Lehnssachen nach der V. v. 2. Jan. 1849 § 25 Nr. 1 auch noch ferner ob, jedoch nur bezüglich der unstrittigen Justiz, nicht aber bezüglich der prozessualischen Akte, welche sich von der Verwaltung aussondern. Zu ihnen gehören auch die Aufgebote in Lehnssachen und das Kreisgericht hat daher nach V. v. 21 Juli 1846 § 29 — cf. Geschäfts-Regulativ vom 18. Juli 1850 § 15 — über die Einleitung der Provokation selbstständig zu befinden. In Erwägung wäre indeß dabei zu ziehen:

ob das ausgebrachte Aufgebot erbloser Verlassenschaften[1]) richtig gewählt oder nicht vielmehr das Aufgebot behufs Ergänzung der Erblegitimation[2]) — A. G. O. I. 51 § 148. cf. A. L. R. I. 9 § 488 — auszubringen wäre?

Für die letztere Alternative scheint unbedenklich zu sprechen,

1) daß das Aufgebot erbloser Verlassenschaften die Unbekanntschaft sämmtlicher Erben voraussetzt, während hier eine Erbin, die Provokantin, bekannt ist und zu ihrer Erbberechtigung auf das Lehngut K[3]) nur der Mangel lehnsberechtigter Agnaten festzustellen bleibt;

2) daß das erstere Aufgebot daher auch nur von einem zu bestellenden Nachlaßkurator[4]) ausgebracht werden kann und zum Verfall des Lehns an den Fiskus führen müßte — A. L. R. l. c. §§ 476, 481 — während das zweite Aufgebot — gerade wie hier geschehen — die Provokation der ermittelten Erbin[5]) und den Zuschlag des Lehns an sie erlauben würde A. G. O. l. c. § 157;

3) daß endlich die A. G. O. l. c. § 157 ff. ein Aufgebot der unbekannten Agnaten sehr wohl kennt und für dasselbe die gleichen Formalien vorschreibt, welche bei dem Aufgebote behufs der Erblegitimation zu beobachten sind, während das Aufgebot herrenloser Verlassenschaften die abweichenden Formalien der Todeserklärung erfordert. ibid. § 146. Anh. § 390.

Demnach würde eigentlich die allgemeine Vorschrift für Lehnsaufgebote § 157 ff. cit. zur Norm dienen und nur dem speziellen Zwecke

1) Vergl. Dr. Reusch, Musterakten in Todeserklärungs- und Aufgebotssachen. Berlin, 1859 p. 139.
2) Musterakten p. 31.
3) Musterakten concl. 67 p. 9.
4) Musterakten concl. 69 p. 9.
5) Musterakten concl. 73 p. 10.

Digitized by Google

der vorliegenden Provokation gemäß aus den §§ 148 ff. zu ergänzen sein. Das Aufgebot des G. v. 15. Febr. 1840 § 9 ff., welches im § 21 auch auf Lehnssachen ausgedehnt ist, findet hier, wo es sich nicht um Herbeiführung eines Familienschlusses handelt, jedenfalls keine Anwendung. [6])

6) Hiernach müßte Dr. Koch geirrt haben, wenn er in seiner Prozeßordnung die Formalien des § 157 cit. durchweg aus G. v. 15. Febr. 1840 ersetzt, dagegen werden sie allerdings, wo nicht dies Gesetz eintritt, aus der neuen Konk.-Ordn. zu ersetzen sein. cf. Musterakten cit. concl. 75 p. 10. Dagegen V. v. 28. Oktbr. 1857. Musterakten p. 17.

Nr. 8.

Differenzen über Rechtsansichten zwischen einem Kreisgerichte und seiner Kommission werden auf dem, § 23 des Geschäfts-Regulativs vom 18. Juli 1850 vorgeschriebenen Wege unbedingt zum Austrage gebracht; eine Beschwerde bei dem Appellationsgerichte steht der Kommission nicht weiter zu.

Mitgetheilt von dem Tribunals-Rath Dr. Reusch in Königsberg in Pr.

Bei einer gerichtlichen Erbtheilung hatte die zuständige Gerichtskommission den, Zus. 29 Ostpreuß. Provinzial-Rechts aufgestellten Taxgrundsatz:

> es wird aber in allen Fällen der Ertrag (der Grundstücke) mit 6 % zu Kapital gerechnet,

mithin auch den § 3 Gesetz vom 4. Mai 1857 nicht für anwendbar erachtet, während das Kreisgericht der entgegengesetzten Ansicht war und darnach die Umarbeitung des, zur Genehmigung eingereichten Erbrezesses anordnete. Die Kommission wandte sich hierauf an das vorgesetzte Königl. Tribunal mit der Bitte:

> über die eigentliche Differenz der Ansichten, nämlich darüber zu entscheiden, ob der Zus. 29 cit. mit den Worten al. 3 „in allen Fällen" nur die al. 1 bezeichneten oder sämmtliche Immobiliartheilungen begreife?

Das Tribunal lehnte indeß diese Entscheidung ab.

Gründe. Nach dem Geschäfts-Regulativ vom 18. Juli 1850 § 10 Nr. 5 gehört die definitive Genehmigung einer Erbtheilung zu denjenigen Rechtssachen, welche der resp. Gerichtsabtheilung vorgetragen werden

Digitized by Google

müssen. Für den Fall, daß eine solche Rechtssache von einer Kommission bearbeitet wird, verordnet der § 21 ibid.:

> hat der Gerichtskommissar die Akten, unter Beifügung seines motivirten Votums, an das Kreisgericht einzusenden, bei welchem alsdann ꝛc. die Sache vorgetragen und der abgefaßte Beschluß dem Kommissar zur Ausführung zurückgesendet wird.

Dies ist, bei der bestehenden Kollegialverfassung, der einzige Weg, auf welchem der Kommissar seine Rechtsansicht geltend machen kann. In dem gefaßten Kollegialbeschlusse geht demnächst sein Einzel-Votum vollständig unter, und ihm kann daher eine instanzmäßige Verfolgung desselben ebenso wenig gestattet sein, als einem nicht detachirten Mitgliede des Kollegiums. Ein Instanzenzug zur Austragung der Rechtsansicht steht vielmehr nur den Partheien zu, Verordn. vom 2. Januar 1849 § 35, und bleibt demnach deren Beschwerde gegen die, dem Kommissar obliegende Ausführung des Kollegialbeschlusses abzuwarten.

Nr. 9.

Ungültigkeit sowohl der in einem außergerichtlichen Codizille erfolgten Erbeinsetzung als des damit verbundenen Prälegates.

Die verstorbene Wittwe K. hatte in ihrem gerichtlich deponirten Testamente de publ. den 19. October 1857 die Bertha B. zu ihrer Erbin eingesetzt, verschiedene Vermächtnisse angeordnet und sich die Befugniß vorbehalten, durch außergerichtliche Aufsätze ergänzende oder abändernde Bestimmungen zu treffen. In ihrem Nachlasse fand sich denn auch ein eigenhändig ge- und unterschriebener Aufsatz vor, in welchem die Beklagte Emma B. an Stelle ihrer inzwischen verstorbenen Schwester, der Bertha B., zur Erbin eingesetzt ist. Nach der desfalsigen Bestimmung folgt in dem Codizill die Zuwendung eines Vermächtnisses von 1000 Thlr. an den Geschworenen B. und heißt es dann wörtlich weiter:

> „Was übrigens an kleineren Schuldscheinen sich in meinem Pulte noch vorfindet, sind diese nebst all meinen übrigen Sachen, die nicht einzeln schon Jemand namentlich zugedacht sind, vom Tage meines Todes an Emma B.'s Eigenthum."

Auf Grund dieser letztwilligen Verordnung de publ. den 19. October 1857 hat die Beklagte den Nachlaß der Wittwe K. in Besitz genommen, und ist von den Klägern als Intestaterben der Wittwe K. auf

Digitized by Google

Herausgabe desselben nebst den gezogenen Nutzungen in Anspruch genommen worden.

Durch die übereinstimmenden Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Bochum vom 8. Juni 1860 und des Appellationsgerichts zu Hamm vom 17. Januar 1861 ist auch, dem Antrage der Kläger gemäß, die Verurtheilung der Beklagten, unter Zurückweisung des auf die letztgedachte codizillarische Bestimmung gestützten, die Aufrechthaltung des darin angeordneten Prälegates bezweckenden eventuellen Reconventionsantrages, ausgesprochen worden.

Die Gründe des Appellationsrichters lauten, wie folgt:

Was zunächst den Nachweis der Qualität der Kläger als Intestaterben der Wittwe K. betrifft, so ist durch die in der ersten Instanz zu den Akten übergebenen pfarramtlichen Atteste nachgewiesen, daß die Kläger mit der Erblasserin im fünften Grade verwandt waren, und dies genügt zur Legitimation der Kläger, es bedarf ihrerseits nicht noch des Beweises, daß nähere oder gleichnahe Intestaterben nicht vorhanden sind; einen desfallsigen Einwand hätte die Beklagte zu erweisen, denn der § 486 Th. I Tit. 9 A. L. R., nach welchem der angebliche Erbe außer dem Nachweise des Grades seiner Verwandtschaft mit dem Erblasser noch eidesstattlich versichern muß, daß ihm nähere oder gleichnahe Verwandte desselben nicht bekannt seien, bezieht sich nicht auf den Fall des Prozesses, sondern auf den Fall, wenn das Gericht den Nachlaß hinter sich hat und denselben an den sich legitimirenden Erben herausgeben soll.

Der § 4 Nr. 6 ad 5 Th. I A. G. O. kann aber keine Anwendung finden, weil es sich hier nicht um Geltendmachung eines Anspruchs auf Grund des Erbrechts, sondern um dieses Erbrecht selbst handelt, und es daher erst von dem Ausfalle des Prozesses abhängt, ob den Klägern ein Erbeslegitimationsattest ertheilt werden kann.

In der Sache selbst ist es nicht zweifelhaft, daß in dem in einem Testamente vorbehaltenen Codizille die in ersterem geschehene Erbeseinsetzung nicht geändert werden kann. Der bekannte Anhang § 35 bestimmt:

> „Behält sich der Erblasser in seinem rechtsbeständigen Testamente die Befugniß vor, dasselbe durch außergerichtliche Aufsätze zu ergänzen oder abzuändern und es finden sich dergleichen im Nachlasse, so haben sie mit dem Testamente gleiche Kraft. Ob dergleichen Codizille außer der eigenhändigen Unterschrift des Testators noch mit andern Erfordernissen versehen sein müssen, hängt von den Bestimmungen ab, welche das Testament des Erblassers enthält."

Dieser, wie die Beklagte ausführt, dem Sinne der landrechtlichen Bestimmungen widersprechenden Vorschrift, liegt das Gutachten der

Gesetzcommission vom 23. October 1800 zu Grunde, welches als Motiv angibt, daß es nicht rathsam sei, von alten Gesetzen ꝛc. ohne Noth abzuweichen, bei denen sich der Staat bisher wohl befunden habe. Die Römischen codicilli testamento confirmati haben also beibehalten werden sollen; in diesen konnten nur Vermächtnisse errichtet werden und schon daraus folgt, daß die Erbeseinsetzung der Beklagten in der außergerichtlichen Verordnung vom 28. Juli 1855 nicht zu Recht beständig ist. Dieser Sinn des angeführten Paragraphen ergibt sich aber nicht nur aus seiner Quelle, sondern auch aus seiner Stellung, welche bei dem zweifelhaften Wortlaute ebenfalls zu berücksichtigen ist; er steht nämlich unter dem Marginale „Außergerichtliche Verordnungen" zu § 164 Th. I Tit. 12 A. L. R., bei denen die strengen Förmlichkeiten der Testamente, der einzigen Quelle der Erbeseinsetzungen, wegfallen, und endlich sind die fraglichen außergerichtlichen Aufsätze im zweiten Absatz des allegirten Anhangs ausdrücklich als Codizille bezeichnet. Diese können aber Erbeseinsetzungen nicht enthalten (§§ 3, 44 l. c.).

Ist hiernach die Ernennung der Beklagten als Erbin ungültig, so treten an ihre Stelle die gesetzlichen Erben, die Kläger; an sie muß die Beklagte den Nachlaß ausliefern und zwar mit den Percepten. Sie ist zwar nicht unredliche Besitzerin des Nachlasses, aber unrechtfertige und muß als solche, da die Unwissenheit der Gesetze den nicht entschuldigt, der seinen Besitztitel irriger Weise für gültig hält, ebenso, als wenn sie unredlicher Weise besäße, die Sache resp. den Nachlaß mit allen vorhandenen Früchten und Nutzungen zurückgeben und diejenigen, welche sie während ihres unrechtfertigen Besitzes genossen hat, erstatten (§ 223 Th. I Tit. 7 A. L. R.).

Was nun den Reconventionsanspruch betrifft, so glaubt die Beklagte hinsichtlich der in dem Nachlaßinventar sub Tit. II Nr. 6 bis 11 aufgeführten Activen, wenn nicht als Erbin, doch als Legatarin angesehn werden zu müssen, da die Absicht der Testatrizin überhaupt die gewesen sei, der Beklagten ihr Vermögen zuzuwenden, und da diese Absicht an der einen Stelle als Erbeseinsetzung, an der anderen, davon getrennten, als Vermächtniß ausgesprochen sei.

Dieser Ausführung ist nicht beizustimmen. Die Absicht der Testatrizin in ihrem Codizill vom 28. Juli 1855 ging unzweideutig dahin, die Beklagte an Stelle der in dem früheren Testamente ernannten Haupterbin zu instituiren. Wenn sie, nachdem sie letzteres ausgesprochen und sodann dem Geschworenen B. das Capital von 1000 Thlr. vermacht hat, weiter bestimmt: „„was übrigens an kleinen Schuldscheinen sich in meinem Pulte noch vorfindet, sind diese, nebst allen übrigen Sachen Emma S.'s

Digitized by Google

Eigenthum,““ so kann hierin nichts weiter, als eine pleonastische und umschreibende Wiederholung der vorher ausgesprochenen Erbeseinsetzung gefunden werden, um so mehr, da nicht nur die fragl. Activa speziell erwähnt sind, sondern gesagt ist: „„die Activa nebst allen übrigen Sachen, die nicht einzeln schon Jemand zugedacht sind,““ womit der ganze Nachlaß gemeint und bezeichnet ist.

Wenn aber die Erbeseinsetzung ungültig ist, kann von einer Anwendung des § 519 Th. I Tit. 12 A. L. R. keine Rede sein, und die — allerdings zweifellose — Absicht der Erblasserin, der Beklagten ihren Nachlaß zuzuwenden, erscheint unerheblich. Der § 262 l. c. statuirt zwar ein einem Miterben ausgesetztes Prälegat, allein ein solches setzt nach dem ausdrücklichen Worte des Gesetzes die Coexistenz mehrerer Erben voraus und hat beim Vorhandensein nur eines Erben keinen Sinn, weil diesem nach Abzug der Schulden und Legate Alles zufällt.

Die Zuwendung der fragl. Activa im Codizille vom 28. Juli 1855 kann hiernach auch als Vermächtniß nicht aufrecht erhalten werden.

S. 1625.

Digitized by Google

Glossen zum Allgemeinen Land-Recht.

Von Dr. J. A. Gruchot.

Allgemeines Land-Recht Th. I Tit. 8.

Vom Eigenthume.

Gesterding: Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und solchen Rechten, die ihm nahe kommen. Greifswald 1817.

Unterholzner: Ueber die verschiedenen Arten des Eigenthums und die verschiedene Gestaltung der Eigenthumsklagen (im Rhein. Museum I. Heft 1 u. 2.)

E. Pagenstecher: Die römische Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit. Erste Abtheilung. Begriff und gesetzliche Beschränkung des Eigenthums. Heidelberg 1857.

B. W. Leist: Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse. Drittes Heft. (Auch unter dem Titel: Ueber die Natur des Eigenthums.) Jena 1859. [1])

Girtanner: Die Rechtsstellung der Sache und der Eigenthumsbegriff mit besonderer Rücksicht auf Sachengesammtheiten (universitates rerum), Accession und Miteigenthum (in v. Gerber's und Ihering's Jahrbüchern. III. S. 58 f.)

Zirkler in Weiske's Rechtslexikon. IV. S. 141 f.

Körner: Das unbewegliche Eigenthum nach preußischem Rechte. Eine systematische Darstellung. Nach Lage der neuesten Gesetzgebung und mit Rücksicht auf deren Erörterung durch Praxis und Wissenschaft. Berlin, 1843. [2])

Begriff.

§ 1. 1) Im Gegensatze zu den römischen Juristen, welche sich einer Definition des Eigenthums — dieses wichtigsten und vollkommensten aller Rechte — [3]) enthalten haben, hat die spätere Doctrin sich in

1) Vergl. Schletter, Jahrbücher der deutschen R. W. VI. S. 1—6 und die Rezension Windscheid's in Pözl's krit. Vierteljahrsschr. I. S. 295—301.

2) Vergl. die Rezension Koch's in Schneider's N. Krit. Jahrb. 1844. S. 223 f.

3) Pagenstecher a. a. O. (in der Einleitung) bezeichnet das Eigenthum als den Typus aller Rechtsverhältnisse, als das Rechtsverhältniß in seiner klarsten und vollkommensten Gestalt, aus dem der abstracte Begriff Vermögen hervorgewachsen.

Digitized by Google

Versuchen erschöpft, eine schulgerechte Begriffsbestimmung des Eigenthums zu geben, ohne, wie es scheint, zu einem befriedigenden Abschlusse gelangt zu sein.*)

---

*) Die gangbarsten Definitionen mögen hier ihre Stelle finden:

Schon Bartolus (ad l. 17 § 1 D. de acq. v. am. poss.) definirt dominium zuerst im weitesten Sinne pro omni jure incorporali (Vermögensrecht), ut habeo dominium obligationis, ususfructus; darauf im engern Sinne als jus de re corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur (s. Böcking, Pandekten, § 134 Note).

Donellus, com. de jure civ. Lib. IX. cap. 8 lehrt: ... generaliter dominus dicitur veteribus, cujus res est, seu cui jure quaesita est, ut quaecunque res sit, quae sit alicujus, quamvis incorporalis, hunc ejus rei dominum vocent... Verum haec ex similitudine magis, quam res incorporales cum corporalibus gerunt, quam ex proprietate verbi. Nam ut domus corporalis res est, sic domini verbum inde deductum proprie usurpatur in rebus corporalibus, ut sit is, cui res corporalis quaesita est: et dominium eodem modo .... Sit ergo proprie dominium jus domini in re sua, et dominus is, cui res corporalis quaesita est: ac proinde dominium id jus in re corporali. Id jus recte ita definitur, ut ad eam sententiam definitum legimus a Bartolo, ut sit dominium jus de re corporali statuendi, ut quis velit, nisi si quid jure prohibeatur. Jus esse de re pro arbitrio statuendi satis declarat illa sententia, quae legitur in l. 21 C. mandati 4, 35: unumquemque rei suae moderatorem esse et arbitrum. Ea enim res nostra est, cujus domini sumus ....

Berger, oecon. jur. Lib. II tit. II cap. III: Prima, eaque praecipua species juris in re est dominium, quod describitur 1. in sensu negante: jus, quo rei corporalis substantia ita est alicujus, ut eodem modo in solidum alterius esse non possit. 2. in sensu ajente: jus, quo res corporalis alicujus propria est, sive jus de re corporali perfecte disponendi. Duo itaque sunt, quibus dominium constituitur: 1. potestas disponendi de re, eaque libera, 2. illius potestatis proprietas.

Gesterding a. a. O. S. 3, 4: .... Wollen wir das Eigenthum auf eine schulgerechte Art erklären, so müssen wir sagen, Eigenthum sei die vom Besitz unabhängige vollständige Herrschaft über die Sache oder das Verhältniß, worin wir zu dieser Sache oder zu andern Menschen in Ansehung dieser Sache stehen, welches macht, daß wir zu jeder beliebigen Verfügung über sie, selbst zu Veränderungen, ja zum Zerstören ihrer Substanz, mit Ausschluß Anderer, befugt sind ...

Hasse, Revision der Theorie von der ehel. Gütergem. S. 28: Eigenthum ist das Recht, jede nicht überhaupt verbotene Verfügung über die Substanz oder über die Früchte einer speziellen körperl. Sache ausschließlich vorzunehmen, insofern nicht irgend ein anderes Individuum zu einer bestimmten Verfügung der Art besonders ex quavis causa befugt, oder doch berechtigt ist, zu verlangen, daß die Ausübung derselben unterlassen werde.

Stahl, Rechts- und Staatslehre 1. Abth. S. 294: Das Eigenthum ist das Recht (die rechtliche Gewalt) über eine Sache in seiner Totalität.

Digitized by Google

Auch die neueren Gesetzgebungen haben es für ihre Aufgabe erachtet, eine Definition des Eigenthums aufzunehmen.

Es ist eben deshalb das allgemeine und vollständige Recht an der Sache, d. i. es enthält jede Befugniß, die nicht besonders entzogen, dagegen die beschränkenden dinglichen Rechte keine, die nicht besonders eingeräumt ist, und es streitet für die Unbeschränktheit des Eigenthums die Vermuthung. Es ist ferner das ursprüngliche und selbständige Recht an der Sache; die andern dinglichen Rechte setzen das Eigenthum und einen Eigenthümer voraus, den sie beschränken. Es ist endlich ein ausschließliches Recht an der Sache, dagegen können manche andere dingliche Rechte Mehreren an derselben Sache von einander unabhängig zustehen, z. B. Realservituten.

v. Savigny, System I S. 367: Eigenthum ist die unbeschränkte und ausschließende Herrschaft einer Person über eine Sache.

Puchta, Pandekten § 144 und Vorlesungen I S. 287, 288: Das Eigenthum ist die volle rechtliche Unterwerfung einer Sache, die vollkommene rechtliche Herrschaft über einen körperlichen Gegenstand. . . . . In der Totalität des Eigenthums liegt auch die Ausschließlichkeit desselben, nicht gegenüber andern Rechten, sondern gegenüber anderem Eigenthume. Es können deshalb nicht mehrere Eigenthümer derselben ganzen Sache sein. (Vergl. auch Cursus der Instit. II S. 578—581).

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts § 241: Eigenthum ist die juristische Herrschaft über eine körperliche Sache, oder die Befugniß, die Sache zu besitzen, zu gebrauchen, darüber auf jegliche Art zu verfügen, und sie von jedem Besitzer zu vindiciren.

Göschen, Vorlesungen § 223: Eigenthum besteht in dem Rechte, eine körperliche Sache nach Willkür und ausschließlich zu behandeln.

Sintenis, prakt. gem. Civilrecht I S. 472: Eigenthum heißt das Recht, welches seiner Natur nach die volle und ausschließliche Unterwerfung einer Sache umfaßt.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten § 130: Das Eigenthum ist seinem Grundbegriffe nach das einem Subjecte zustehende Recht vollkommener Herrschaft über eine Sache, vermöge dessen man also sagen kann, daß die Sache im Ganzen dieser Person gehöre, und welches nach Röm. Recht unbedingt gegen jeden, der ihr die Ausübung dieser Herrschaft entzieht, durch eine dingliche Klage (rei vindicatio) geltend gemacht werden kann.

Unger, System des österr. allgem. Privatrechts I S. 524, 525: Das wichtigste dingliche Recht und die Grundlage und Voraussetzung aller übrigen ist das Eigenthum. Das Eigenthum ist das dingliche Recht, vermöge dessen eine körperliche Sache in ihrer Totalität unserer rechtlichen Herrschaft unterworfen ist. Der Inhalt des Eigenthums ist die unbeschränkte, d. h. die unbestimmte willkürlich bestimmbare, daher in den verschiedensten und mannigfaltigsten Bestimmungen sich äußernde Herrschaft über die willenlose körperliche Sache. . . . .

Böcking, Pandekten des röm. Privatrechts II § 134: Das Eigenthum ist das einfachste unmittelbarste Verhältniß der wollenden Person zu der willen-

Digitized by Google

a. Unser § 1 sagt:

„Eigenthümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache, oder eines Rechtes, mit Ausschließung Anderer, aus eigener Macht, durch sich selbst, oder einen Dritten, zu verfügen." *)

b. Das Oesterreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch bestimmt:

§ 353: „Alles, was jemanden zugehöret, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein Eigenthum."

§ 354: „Als ein Recht betrachtet, ist Eigenthum das Befugniß, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkühr zu schalten, und jeden Anderen davon auszuschließen."

---

losen körperlichen Sache, in welchem jene nur als die Sache wollendes Subject, diese nur als das von jener gewollte Object jeden und allen Personen gegenüber gilt. . . . . Die Natur und das Wesen des Eigenthums liegt in der Abstractheit und der mannigfaltigsten Bestimmungen fähigen Unbestimmtheit der Privatrechtsherrschaft des Subjects über die körperliche Sache als bloßen und total als Gegenstand des Willens jenes: die positive Seite des Begriffs ist die Beherrschung der Totalität der Sache durch den Eigenthümer, welcher eben deshalb sein Recht auch dadurch ausüben kann, daß er Nichteigenthümern Rechte an seiner Sache gewährt; die negative Seite ist, daß nur er, nicht Andere die Sache zu beherrschen, er die Andern von deren Beherrschung auszuschließen berechtigt ist, weshalb er sein Recht auch dadurch ausüben kann, daß er Andere, Nichteigenthümer, nicht ausschließt. . . . . (Vergl. auch Schletter's Jahrbücher der deutsch. R. W. II S. 123, 124).

Pagenstecher a. a. O. definirt das Eigenthum als „die den Körper der Sache erfüllende rechtliche Macht der Person" und verwirft die Bezeichnung „Eigenthumsrecht" als unpassend.

Girtanner a. a. O., der zugleich eine Kritik der herrschenden Begriffsbestimmungen gibt: Das Eigenthumsverhältniß enthält eine ihrer Natur nach unbestimmte und unbegränzte, d. h. nur durch die Sache selbst begränzte Herrschaft über die Sache, vermöge welcher der Berechtigte alle Macht hat, die ihm nicht ausnahmsweise durch besondere Gründe entzogen ist. Denn das Eigenthum gibt der allgemeinen Bestimmung der Sache die besondere Richtung auf eine bestimmte Person. . . . . Eigenthum ist das Recht an der Bestimmung der Sache, wodurch diese ihre besondere Richtung auf eine bestimmte Person erhält; als solches ist es nach seiner Natur und Bestimmung begleitet von der totalen Herrschaft über die Sache, ohne daß dies jedoch zum Wesen des Verhältnisses gehört. . . .

Plathner, Geist des Preuß. Privatrechts I S. 9, 10: Eigenthum ist das Recht der einzelnen Person, mit Ausschließung aller anderen Personen nach Willkür über eine einzelne Sache zu verfügen, soweit nicht das Gesetz das Recht des Eigenthümers beschränkt. . . . .

*) Ueber diese Begriffsbestimmung ist zu vergleichen:

Löher, Das System des Preuß. Landrechts §§ 19, 20.

Heydemann, Einleitung in das System des Preuß. Civilrechts Band I (Leipzig, 1861) S. 39, 402, 403.

Digitized by Google

Unger, System des österr. allgem. Privatrechts B. 1 (Leipzig, 1856) S. 524 f. bemerkt hierüber:

Der Ausdruck Eigenthum wird zwar auch in einem weitern Sinne genommen, in welchem er mit Vermögen (bona) gleichbedeutend ist. Allein in diesem weitern Sinne umfaßt das Eigenthum auch das Eigenthumsrecht unter sich: man hat das Eigenthum im Eigenthume. Daher muß das Eigenthum im technischen Sinne wie nach gemeinem Recht, so auch für unser österreichisches Recht auf die totale rechtliche Herrschaft über körperliche Sachen beschränkt werden, wenn man nicht in gänzliche Zersetzung und Auflösung der Begriffe sowie in maßlose Verwirrung gerathen will. . . . . [1])

Ebenso sagt Dr. Barth (in der Preuß. Gerichts-Zeit. 1860 S. 7):

Dem Sprachgebrauche und namentlich der juristischen Terminologie läuft es zuwider, den jedesmaligen Inbegriff des mit einem Individuum verknüpften Objectiven sein Eigenthum zu nennen. Wir haben dafür, wenigstens gewissermaßen das Wort „Vermögen."

Er fügt jedoch zur Rechtfertigung jener Sprachweise hinzu:

Seiner innern Bedeutung nach aber wäre der Ausdruck „Eigenthum" im obigen Sinne sehr bezeichnend. Alles, was auf unsere Persönlichkeit speziell bezogen ist, ist uns eigen. Es heißt das nämlich soviel, als: alle anderen Individuen sind von diesem uns zukommenden bestimmten Kreise des Objectiven ausgeschlossen. Dieser Charakter des Ausschließenden ist dem Rechtskreise eines jeden Menschen (denn das ist der ihm eigenthümliche Kreis des Objektiven) innerlich nothwendig und darum unvertilgbar.

Auch das römische Recht hat sich von dieser vulgären Ausdrucksweise, wonach dominium ganz allgemein als Bezeichnung irgend eines Herrschaftsverhältnisses zu einer Sache gebraucht wird, nicht freigehalten.[2]) Es spricht von einem dominium ususfructus, servitutis, von einem dominus hereditatis,[3]) niemals aber (wie Bartolus thut)

---

1) Treffend sagt Puchta, Instit. II § 231 Note a: „Wenn auch bei uns das Wort Eigenthum von Vielen für Alles, was uns irgendwie gehört, gebraucht wird, so hat man doch in der juristischen Sprache dieser vagen Anwendung sich zu enthalten. Wer z. B. von einem Eigenthum an Schuldforderungen spricht, der wird schwerlich dem Verdacht entgehen können, daß er die Begriffe und Grundsätze von Eigenthum und Obligationen gelegentlich unter einander mengen werde, wozu er sich durch den Mißbrauch der Worte eine glatte Bahn geöffnet hat."

2) Hasse im Rhein. Mus. I. 1. S. 87, 88; Puchta ebend. S. 308 f.; Beseler, System des gem. deutschen Privatr. II S. 39 f.

3) Vergl. hierüber Mühlenbruch, Cessionen S. 5—12; Duroi im Archiv für die civ. Praxis VI S. 412 f.; Arndts, Pand. § 126 Anm. 1:

Donell. com. de jure civ. Lib. VII cap. X § 9 sagt: Jura in rem dominio finitima sunt, jus vectigale seu emphyteuticarium, jus superficiarium, servitutes, pignus, et generaliter ea, quibus efficitur, ut res, in quibus ejusmodi aliquid juris nobis est, dicantur esse in bonis nostris: unde ad eas retinendas exceptionem, ad persequendas etiam utra actionem habeamus.

Digitized by Google

von einem dominium obligationis, wiewohl es auf die Forderungsrechte den Begriff von Mein und Dein anwendet.

Ulp. l. 49 D. de V. S (50, 16): .... In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus; nam haec omnia in bonis esse videntur.

Paul. l. 91 D. eod.: Meorum et tuorum appellatione actiones quoque contineri dicendum est.

Ulp. l. 143 D. eod.: Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem: habetur enim, quod peti potest.

cf. Pompon. l. 181 D. eod.: Verbum illud „pertinere" latissime patet: nam et eis rebus petendis aptum est, quae dominii nostri sint, et eis, quas jure aliquo possideamus, quamvis non sint nostri dominii. ....

Paul. l. 70 § 1 D. eod.: Verba haec: „is, ad quem ea res pertinet, sic intelliguntur, ut, qui in universum dominium, vel jure civili, vel jure Praetorio succedit, contineatur.

Mit Recht bemerkt daher Zirkler a. a. O.:

Eigenthum im weitesten Sinne verliert sich in den Unterschied von Mein und Dein überhaupt. Es bezeichnet Alles, was zu unserem Vermögen gehört — Geld und Gut. Die Worte Gut und Vermögen bezeichnen Wechselbegriffe. Das Vermögen ist die natürliche Umgebung einer freien Persönlichkeit, welche ihren Wirkungskreis nicht nur in dem Raume, sondern auch in der Zeit bestimmt und ihrem Zwecke unterwirft. Es umfaßt sowohl körperliche als unkörperliche Dinge, bestehen nun letztere in bloßen Gerechtigkeiten oder in Forderungsrechten.*) Seine unterscheidbaren Bestandtheile haben das gemein, daß sie sich zu Geld anschlagen lassen und dasselbe gilt vom Ganzen.

Im engern und eigenthümlichen Sinne versteht man dagegen unter Eigenthum dasjenige, was wir kurzweg das Substantielle unseres Rechtes an Dingen nennen können, weil es als Höchstes und Letztes — jus summum (Donellus) — unseren Vermögensrechten ihre Beständigkeit gibt.

c. Der Code civil enthält folgende der gangbaren Doctrin sich anschließende Begriffsbestimmung:

---

*) So sagt auch Suarez: „Alles, was ein Mensch zu dem Seinigen rechnen, und darüber, als über das Seinige, verfügen kann, gehört zu dem Eigenthume dieses Menschen. Eigenthum erstreckt sich nicht bloß auf körperliche Sachen, welche in die Sinne fallen, sondern auch auf Gerechtsame, die nur durch die Ausübung bemerkbar werden." Eine Auffassung — so bemerkt Heydemann (Einleit. in das System des Preuß. Civilrechts B. 1 S. 39) dazu — welche freilich mehr der materiellen Vorstellungsweise des gemeinen Lebens als dem Bedürfnisse wissenschaftlicher Gliederung entspricht und ebensowohl die selbständige Herrschaft über eine körperliche Sache (Eigenthum in sensu stricto) wie die selbständige Herrschaft über eine fremde Handlung (Obligation) lediglich an den ganz allgemeinen Begriff des Vermögens und des Habens der berechtigten Person anknüpft.


Digitized by Google

Art. 544. „La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements."

d. Hiermit steht auch der revidirte Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen von 1861 im Einklange, welcher sagt:

§ 228. „Das Eigenthum gewährt das Recht der vollständigen und ausschließlichen Herrschaft über eine Sache, soweit nicht Beschränkungen besonders gegründet sind."[1])

2. In Betreff des Eigenthumsbegriffs des deutschen Rechts ist zu verweisen auf:

Vollgraff im Archiv für die civ. Praxis. Beilageheft zu Bd. 9 S. 52—58.
v. Gerber, System des deutsch. Privatrechts §§ 76 ff.
Bluntschli, deutsches Privatrecht (2. Aufl.) § 57 S. 145 f.
Löher, das System des Preuß. Landrechts § 12.

Gegenstände des Eigenthums.

§§ 2—5. 1. Ahrens, das Naturrecht oder die Rechtsphilosophie S. 265 f. sagt:

Es erstreckt sich das Recht der Individuen nicht weiter, als der Zweck und die Bedürfnisse ihres Lebens, und es kann also nur insoweit an den Sachen ausgeübt werden, als sie diesen Bedürfnissen entsprechen und dafür verwendet werden; hinsichtlich aller Objecte, die auf diese Weise verwendet und bei der Arbeit des Aneigners verzehrt werden, gibt es aber für die Individuen ein wahres Eigenthumsrecht. Andererseits gibt es auch Sachen, die ihrer Natur nach unzerstörbar und bleibend sind, wie der Boden, die Luft, das Wasser;[2]) und an diesen ist nur ein Recht des Gebrauchs und Nießbrauchs möglich. Die Menschheit oder die Gesellschaft ist die wahre Eigenthümerin der bleibenden Sachen. Sie ist also die einzige Eigenthümerin derjenigen Dinge, welche das sociale, gemeinschaftliche Grundvermögen bilden, und hat das Recht, die Benutzung dieses Vermögens, denjenigen, welche es am besten einträglich machen können, zu gestatten, und selbst das System der Benutzung und die Gesetze der Arbeit, welche durch Wissenschaft, Kunst und Erfahrung als die heilsamsten für Hervorbringung und Vermehrung des Gesammtreichthums anerkannt sind, festzusetzen.

Ferner S. 271:

Alle Sachen, die durch menschlichen Kunstfleiß nicht vervollkommnet werden können, die den Zustand, in dem sie existiren, nicht durch Zuthun

---

1) Vergl. Unger's kritische Besprechung des gedachten Entwurfes (Leipzig 1861) S. 106.

2) § 1 J. de rer. div. 2, 1 (und l. 2 § 1 D. de div. rer. 1, 8): Et quidem naturali jure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens et mare et per hoc littora maris.

Digitized by Google

menschlicher Arbeit, sondern durch die Natur erhalten haben, können nicht zu eigen besessen werden. Hierher gehören die Elemente, die Luft, die Meere, die Flüsse. Man glaubte früher, daß alle diese Sachen zu eigen besessen werden könnten. Erst Hugo Grotius kommt das Verdienst zu, in seiner Schrift de mare libero gezeigt zu haben, daß die Meere weder das Eigenthum der Einzelnen noch der Völker sein können.....

2. Der § 5 enthält eine müßige und noch dazu unpassend ausgedrückte Vorschrift. Es läßt sich hier gar nicht von einer Rechtsvermuthung für oder wider sprechen. Die Verkehrsfähigkeit einer ihrer Natur nach zum privativen Gebrauche geeigneten Sache bildet die Regel, die entgegengesetzte Eigenschaft die Ausnahme. Wer daher eine solche Ausnahme (Exemtion) behauptet, hat den Beweis zu übernehmen. In dieser Weise faßt auch das Oesterreichische Gesetzbuch die Sache auf, indem dasselbe bestimmt:

§ 355. „Alle Sachen sind insgemein Gegenstände des Eigenthumsrechtes ...."

§ 356. „Wer also behauptet, daß ... in Rücksicht auf die Sache, die erworben werden soll, ein gesetzliches Hinderniß entgegenstehe, dem liegt der Beweis ob." [1])

Dies versteht sich aber so sehr von selbst, daß es darüber keines Gesetzes bedarf.

Personen, welche Eigenthum erwerben können.

§§ 6—8. In Betreff der in dieser Hinsicht noch geltenden relativen Beschränkungen ist zu verweisen auf:

Heydemann, Einl. in das Syst. des Preuß. Civilr. B. 1 S. 404 f.

Von den unter dem Eigenthume begriffenen Rechten.

§§ 9—11. Das Allg. Land-Recht folgt in den §§ 9—12 d. T. der früher herrschenden Theorie, welche in dem Eigenthum ein Aggregat verschiedenartiger Rechte erblickt und dieselben, in bestimmte Klassen geordnet, als die einzelnen Bestandtheile des Eigenthums aufzählt.

So lehrt Donellus com. de jur. civ. lib. IX cap. IX [2])

.... non dubitabimus, quin dominii hae velut partes sint quinque, ex quibus hoc jus consistat: ut qui dominus sit rei, idem dominii jure omnes habeat. Prima, jus tenendae et possidendae rei. Secunda, licere incolumem teneri. Tertia utendi fruendique jus. Quarta, jus ab ejus usu arcendi quoslibet. Postrema, jus alienandi deminuendive ....

---

1) Vergl. Unger, System des österr. allg. Privatr. II S. 595 Note 44.

2) Ihm folgt noch Zirkler in Weiske's Rechts-Lexicon B. 4 S. 162, 163.

Digitized by Google

Stahl, Rechts- und Staatslehre, 1. Abtheil. S. 294, 295 sagt:

Die im Eigenthum enthaltenen Befugnisse sind zweierlei Art: Nutzungs- und Verfügungs- (Proprietäts-) Rechte.[1]) Erstere enthalten den Gebrauch und Fruchtgenuß, letztere die Veränderung der Sache in ihrer Substanz oder in ihrem Rechtsverhältnisse. Wie aber die Befriedigung das erste Motiv des Vermögens ist, so kann das Verfügungsrecht, wie Hegel richtig hervorhebt, nicht bestehen, wenn ihm alle Nutzung entzogen ist (nuda proprietas). Ja, es darf ihm diese nur in beschränktem Maaße entzogen werden, nämlich entweder in geringem Umfange (z. B. Realservituten) oder auf geringe Dauer (z. B. Personalservituten).

Löher, das System des Preuß. Landrechts S. 79, bemerkt zur Rechtfertigung der im § 9 aufgestellten Dreitheilung:

Der Eigenthümer muß das Recht haben: seine Sache, auch wenn er nichts damit vornimmt, zu behalten, d. h. zu besitzen. Besitz könnte man bezeichnen als Vorrath von Gebrauch.[2]) Im Recht zum Besitze liegt aber auch das Recht, die Sache von Jedem zu erstreiten und jede Willenseinwirkung eines Andern auf dieselbe abzuwehren. Der Eigenthümer muß ferner das Recht haben: in jeder Art die Sache sich dienstbar zu machen, d. h. sie zu gebrauchen. Dazu gehört alle Willensäußerung über die Sache Behufs ihrer Benutzung, Veränderung, Zerstörung. Es darf ihm aber auch die Freiheit nicht fehlen: die Sache als sein Eigenthum aufhören zu lassen, ohne sie zu zerstören, d. h. sich derselben zu begeben, und zwar, indem er sein Eigenthumsrecht ganz oder nur eine bestimmte darin liegende Befugniß einem Andern überträgt.

Allein mit Recht erklärt sich die neuere Doctrin gegen diese vermeintliche Zerlegung des Eigenthums in seine einzelnen Bestandtheile.

Puchta, Cursus der Institut. II S. 581 bemerkt dagegen:

Das Eigenthum ist eine totale Herrschaft über die Sache. Alle Befugnisse, die sich in Beziehung auf eine Sache denken lassen, sind an sich im Eigenthum, und zwar ausschließlich, enthalten. Durch diese Totalität wird es unnütz, diese Befugnisse aufzuzählen, und eine Ungeschicktheit ist es, den Begriff des Eigenthums durch eine solche Aufzählung geben zu wollen. Sie kommen nur zur Sprache, insofern das Eigenthum überhaupt, oder in einem besonderen Falle Einschränkungen unterliegt, wodurch gewisse Befugnisse, die an sich darin enthalten sind, davon getrennt werden.[3])

---

1) Vergl. Hegel's Rechtsphilosophie § 53 ff.: Besitznahme — Gebrauch der Sache — Entäußerung des Eigenthums.

2) Kant, Methaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre S. 55, bezeichnet den Besitz als die subjective Bedingung der Möglichkeit des Gebrauchs der Sache.

3) Derselbe sagt auch in einer Rezension (in Schunk's Jahrbüchern B. 6 S. 65): Wer das Eigenthum nach den darin enthaltenen Befugnissen definirt, der fühlt auch das Bedürfniß, diese Befugnisse selbst in gewisse Klassen zu bringen. Die Römer machen nur beim ususfructus eine Art von Klassification, indem sie das dem ususfructus entgegengesetzte, beim Eigenthümer bleibende Recht mit nuda proprietas bezeichnen. Die Neueren haben daraus die Eintheilung

Digitized by Google

Ebenso zeigt v. Vangerow (Leitfaden I S. 374) die Unrichtigkeit der Auffassung, daß die s. g. Proprietätsrechte den wesentlichen Begriff des Eigenthums ausmachten, während die s. g. Nutzungsrechte unbeschadet dieses Begriffes fehlen könnten, indem er ausführt:

Man müsse davon ausgehen, daß keines der materiellen Rechte des Eigenthums zum Begriffe des dominium wesentlich sei; denn jedes derselben könne fehlen, ohne daß man aufhöre Eigenthümer zu sein. Das Eigenthum bestehe vielmehr nur in der rechtlichen Möglichkeit, alle an einer körperlichen Sache denkbaren Befugnisse auszuüben, im Falle keine besondere Schranken gesetzt seien. Es sei also an sich unbeschränkt, und bestehe in der Totalität aller an einer Sache denkbaren Befugnisse; aber es dulde Beschränkungen, und es sei, wenn diese auch noch so weit gingen, immer noch Eigenthum, wenn nur die rechtliche Möglichkeit bleibe, daß jene Unbeschränktheit von selbst wieder eintrete, sofern die gezogenen Schranken hinwegfallen.

Hiermit stimmt auch die Darstellung von Fritz, Erläuterungen I S. 275, 276, Arndts, Lehrbuch der Pandekten § 130, Böcking, Pandekten des röm. Privatrechts § 159,[1]) Unger, System des österr. allgem. Privatrechts I S. 527, 528 überein. Letzterer erklärt sich dahin:

Das Eigenthum ist der Inbegriff aller Befugnisse, welche überhaupt Jemanden in Ansehung einer Sache zustehen können. Diese mannigfachen Befugnisse bilden den ununterschiedenen Inhalt des Eigenthumsrechts; sie bilden daher in der Hand des Eigenthümers kein besonderes Recht (jus separatum), sondern verlieren sich in dem Begriff Eigenthum als der Totalität der rechtlichen Herrschaft über eine Sache.[2]) Von jenen Befugnissen können aber manche den Inhalt besonderer, Dritten zustehender Rechte bilden: diese besonderen Rechte, welche zu ihrer Voraussetzung haben, daß eine Sache in fremdem Eigenthum stehe, sind die dinglichen Rechte an fremder Sache (jura in re sc. aliena).... Die dinglichen Rechte an der fremden Sache haben mit dem Eigenthum dieselbe Sache zum unmittelbaren Gegenstand; sie schließen das Eigenthum aber deshalb nicht

---

in Proprietäts- und Nutzungsrechte gemacht, die in dieser Allgemeinheit durchaus ohne praktischen Nutzen ist. Ja, sie hat sogar bei denen, die ihr einen solchen Nutzen verschaffen wollten, zu dem handgreiflichen Irrthume geführt, daß zwar die Nutzungsrechte, aber nicht die Proprietätsrechte durch jura in re beschränkt werden dürften. Andere haben daher andere Klassificationen versucht, aber solche Versuche haben nur die Ueberzeugung bestärkt, daß damit nichts gedient sei.

1) Derselbe sagt a. a. O. Note 10: „Wer alle möglichen dinglichen Rechte an einer fremden Sache zugleich hätte, wäre eben doch deren Nichteigenthümer: wie man aus noch so vielen, wie immer zusammengefügten geraden Strichen keinen Kreis machen kann, so auch nicht aus noch so vielen einzelnen Rechten an einer Sache ein Eigenthumsrecht."

2) l. 5 pr. D. si ususfr. pet. (7, 6): Uti frui jus sibi esse solus potest intendere, qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest, quia qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet.

Digitized by Google

aus und vernichten es nicht,[1]) sondern setzen es vielmehr voraus und stellen sich nur als Beschränkungen desselben dar ....

Nur so viel läßt sich über den Inhalt des Eigenthums sagen, daß die denselben ausmachenden Rechtselemente in einer doppelten Richtung hervortreten — einer positiven und einer negativen. Denn die im Eigenthum zur höchsten Potenz gesteigerte rechtliche Macht über eine Sache zeigt sich einerseits in der rechtlichen Möglichkeit, nach freier Willkür darüber zu schalten, andererseits in der Befugniß, jede fremde Einwirkung von der Sache auszuschließen.[2]) Diese beiden Elemente des Eigenthums — das dispositive und das exclusive — haben auch in der an der Spitze unseres Titels (§ 1) aufgestellten Begriffsbestimmung ihren Ausdruck gefunden.[3]) Die Trennung dieser beiden Gesichtspunkte erscheint auch um so wichtiger, als dadurch die innere Verbindung der Servitutenlehre mit der Lehre vom Eigenthum und die ganze Grundlage der ersteren gewonnen wird. Eine weitere Zergliederung der Eigenthumselemente thut aber durchaus nicht Noth und hat am allerwenigsten für die Praxis irgend einen Werth.

Gleichwohl hat noch das neueste Gesetzgebungswerk — der revidirte Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen von 1861 — sich nicht mit der Begriffsbestimmung des Eigenthums (§ 228)[4]) begnügt, sondern in den §§ 230—232 noch einzelne Befugnisse des Eigenthümers aufgeführt, wie die, seine Sache nach Belieben zu verändern, zu verbrauchen, zu vernichten, darüber rechtlich zu verfügen (§ 230), die Nutzungen von der Sache zu ziehen (§ 231) und die Sache zu besitzen (§ 232.[5])

---

§ 12. Vergl. Donellus, com. de jure civ. Lib. X cap. II:

.... Habet dominus in re sua jus utendi fruendi. Sed hoc jus non dicitur ususfructus nisi cum adjuncto, ut dicatur ususfructus, quem habet is, qui habet proprietatem; ut in l. 5 pr. D. si ususfr. pet. (7,6):

---

1) l. 25 pr. D. de V. S.: Recte dicimus, eum fundum totum nostrum esse, etiam quum ususfructus alienus sit, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter; nec falso dici, totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse; hoc et Julianus, et est verius.
l. 1 § 1 D. de S. C. Silan. (29, 5): Domini appellatione continetur, qui habet proprietatem, etsi ususfructus alienus sit.

2) Vergl. Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 12, 13. Arndts, Lehrbuch der Pandekten § 130.

3) Heydemann a. a. O. S. 402.

4) siehe oben S. 96.

5) Vergleiche hiergegen Unger's kritische Besprechung des gedachten Entwurfes S. 106.

Digitized by Google

usufructus, quem habet quis ex eadem causa, ex qua fundum habet; ususfructus, qui jure proprietatis meus est, in l. 21 § 3 D. de excep. r. j. (44, 2); ususfructus, qui emolumentum rei nostrae, qui portionis rei instar obtinet, l. 66 § 6, l. 76 § 2 D. de leg. 2 . . . .

Ut dominus jus habet re sua utendi fruendi: ita non minus jus per suum praedium eundi, agendi, aquamve ducendi ad aliud praedium suum. Haec tamen jura domini non vocantur iter, actus, via, aquaeductus. Tunc solum his appellationibus utimur, cum ista per se habentur sine alio proprietatis jure, quod non fit, nisi in alieno . . . .

Averan. Interpret. jur. Lib. I c. 2 Nr. 10:

Dominus rei suae dominium habet, non usum et usumfructum: l. 1 D. de usufr. leg. l. 5 pr. D. si ususfr. pet. l. 26 D. de serv pr. urb. Concedit tamen cuilibet rei suae usum, vel usumfructum: ipsique communicat jus utendi fruendi, quod in domino non distinguitur a jure dominii, quo absorbetur. Itaque dominus in re sua facere potest ea omnia, quae usuarius et usufructuarius et etiam multo plura: non tamen ea facit jure usus, vel ususfructus, sed jure dominii.*)

Gesterding, die Lehre vom Eigenthum S. 10:

Im Eigenthume sind als Hauptrechte oder Rechte erster Klasse (jura primaria) enthalten:

a. das Recht, der Sache Früchte abzugewinnen oder sie auf alle mögliche Art so zu benutzen, daß das Vermögen des Eigenthümers dadurch vermehrt wird (jus re sua fruendi);

b. das Recht, jeden andern Gebrauch davon zu machen, außer dem Fruchtgenuß (jus re sua utendi).

---

§ 13. Die hier enthaltene, gleich den vorhergehenden §§ völlig entbehrliche, Vorschrift hat das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch in größerer Ausführlichkeit dahin wiedergegeben.

§ 362. „Kraft des Rechtes, frey über sein Eigenthum zu verfügen, kann der vollständige Eigenthümer in der Regel seine Sache nach Willkühr benützen oder unbenützt lassen; er kann sie vertilgen, ganz oder zum Theil auf Andere übertragen, oder unbedingt sich derselben begeben, das ist, sie verlassen.

---

*) Es ist daher eine ganz müßige Schulerfindung, wenn man den ususfructus in causalis und formalis eintheilt.

Vergl. Voet, com. ad P. VII. 1 Nr. 3: Ususfructus . . . . recte in causalem et formalem distinguitur. Causalem dicunt, quoties jure proprietatis fructus percipiuntur, adeoque ususfructus cum sua causa seu proprietate conjunctus, vel, ut Julianus ait, „proprietati mixtus est“ (l. 4 D. de usufr. accr.), vel, ut Pomponius, „ex eadam causa, ex qua et fundus meus erat, meus est (l. 21 § 3 D. de exc. r. j.), qualis ad servitutum genus haud pertinet, eo quod nemini res sua servit. Formalem appellant qui a proprietate separatus est, ac definitur, jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

Digitized by Google

Eintheilungen des Eigenthums.

§§ 14. 15. 1.

Ulp. l. 5 § 15 D. commod. (13, 6): .... Et ait (Celsus filius): duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quenquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. ....

Papin. l. 66 § 2 i. f. D. de leg. 2: ... plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione corporis obtinent.

Ulp. l. 5 D. de stip. serv. (45, 3): Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore ....

Paul. l. 25 § 1 D. de V. S (50, 16): Q. Mutius ait: partis appellatione rem pro indiviso significari; nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari.

Ulp. l. 6 § 1 D. com. praed. (8, 4): ... si divisit fundum regionibus, et sic partem tradidit pro diviso ... non est pars fundi, sed fundus .. pariete medio aedificato unam domum in duas diviserit ....

v. Savigny, Obligationenrecht B. 1 § 30 S. 311 f.: Ein Eigenthum, welches gleichzeitig mehrere Personen an einer und derselben Sache haben, heißt Miteigenthum (communio). — Zunächst folgt aus dem Begriff des Eigenthums, als einer ausschließenden und unbeschränkten Herrschaft über die Sache, daß nicht etwa Jedem das ganze Eigenthum an der Sache (in solidum) zugeschrieben werden kann (v. Savigny Syst. I § 56). Ferner ist zu bemerken, daß die Rechte der Einzelnen nothwendig von gleicher Art sein müssen, während sie bald von gleicher, bald von ungleicher Größe sein können. Die Rechte der einzelnen Miteigenthümer werden daher als Theile des Eigenthums an dieser Sache aufgefaßt, und zwar als ideelle oder intellektuelle Theile, als Rechnungstheile oder Quoten; der Umfang derselben wird stets durch ein Zahlenverhältniß oder einen Bruchtheil des ganzen Eigenthums dieser Sache ausgedrückt ....

Partes indivisae oder pro indiviso heißen die Quoten einer bestehenden Gemeinschaft. Partes divisae oder pro diviso heißen die Sachtheile, deren Ausscheidung dazu dient, die Gemeinschaft zu zerstören. — Streng genommen, sollte nur von communio und res communis pro indiviso die Rede sein; doch wird dieser Sprachgebrauch nicht ganz streng beobachtet, indem hin und wieder auch von einer res communis pro diviso gesprochen wird, mit Rücksicht auf die vor der Theilung bestehende Gemeinschaft (l. 5 § 16 de reb. eor. 27, 9, l. 43 pr. de poss. 41, 2, l. 29 de acq. rer. dom. 41, 1).

Puchta, Cursus der Instit. B. 2 S. 587, 588: Aus der Totalität des Eigenthums folgt, daß nicht mehrere Eigenthümer derselben ganzen Sache sein können. Kommen daher mehrere Eigenthümer derselben Sache vor, so kann dies nur so gedacht werden, daß das Eigenthum eines jeden sich auf einen ideellen Theil ausschließlich bezieht, der diesem Eigenthümer allein gehört, nur daß sich, da der Theil bloß juris intellectu besteht, seine Grenzen

Digitized by Google

nicht an der Sache selbst, also körperlich, aufzeigen lassen.[1]) Dieses Verhältniß heißt **Miteigenthum**, condominium.[2])

Heydemann, Einleit. in das Syst. des Preuß. Civilr. B. 1 (1. Lief. Leipz. 1859) S. 47, 48: Das Miteigenthum ist keineswegs eine **Abart** des Eigenthums. Vielmehr ist in demselben der Vollbegriff, die Totalität des Eigenthums („das volle Eigenthum," § 14 A. L. R. I. 8) objectiv vorhanden; wie dies eigentlich auch **Suarez** nicht verkennt, indem er bemerkt, daß „**die sämmtlichen unter dem Eigenthum begriffenen Rechte** den mehreren Inhabern gemein" sind. Nur subjectiv ist hier das Eigenthum nach Raten (idealen Theilen) zerlegt. Das Subject besteht nicht aus einer, sondern aus mehreren physischen Personen. . . .[3])

Vergl. **Girtanner** a. a. O. § XI Theorie des Miteigenthums S. 239 ff. Oesterreichisches allgem. bürg. Gesetzbuch § 361: „Wenn eine noch ungetheilte Sache mehreren Personen zugleich zugehört, so entstehet ein gemeinschaftliches Eigenthum. In Beziehung auf das Ganze werden die Miteigenthümer für eine einzige Person angesehen; insoweit ihnen aber gewisse, obgleich unabgesonderte Theile angewiesen sind, hat jeder Miteigenthümer das vollständige Eigenthum des ihm gehörigen Theiles."

2. Können die verschiedenen Stockwerke eines Hauses als Gegenstände eines besonderen Eigenthums gedacht werden?

Nach den Grundsätzen des römischen Rechts ist diese Frage unbedingt zu verneinen, weil ein Stockwerk nicht eine für sich bestehende

---

1) Vergl. **Donellus** com. de jure civ. Lib. XV cap. VI p. 760: . . . . Ubi sunt igitur hae partes indivisae, si quis quaerat? nusquam sunt, non cernuntur, non tanguntur; intellectu tantum concipiuntur, et hoc intellectu juris constant, non corporum divisione. Rursum si quis quaerat, quae sit utilitas earum partium, quae nusquam sunt, intelligendum est etiam has partes suos effectus et certos habere natura rerum ita ferente, quorum etiam obtinendorum causa jus eas partes induxit. Utilitas cernitur in commodis et fructibus rei communis . . . .

2) **Frommann**, diss. de condominio (Diss. jur. Tubing. Nr. 5) § 5: Condominium est dominium plurium in eadem re pro partibus indivisis.

3) Neuere Schriftsteller wollen aus eben diesem Grunde das Recht des einzelnen Theilhabers an der gemeinschaftlichen Sache nicht als wirkliches Eigenthum aufgefaßt wissen. So sagt **Vogt**: Zur Theorie der Handelsgesellschaft (in **Goldschmidt's** Zeitschr. für d. ges. Handelsr. I S. 529): „Schon jedes Miteigenthum schafft ein fingirtes Rechtssubject. — Das sog. Eigenthum an ideellen Theilen, welches man dem Miteigenthümer zuschreibt, ist in Wahrheit kein Eigenthum, sondern das Eigenthum der von Mehreren besessenen Sache steht ihrem Gesammtwillen — also nicht einer physischen Person — zu."

Vergl. auch **Konopak**, Inst. § 201, welcher unter Berufung auf l. 4 § 7 D. fin. reg. (10, 1) den Begriff des condominium darein setzt, daß hier das Eigenthum einer moralischen Person zustehe.

Digitized by Google

besondere Sache, sondern ein integrirender Theil des mit dem Grunde und Boden zusammenhängenden Hauses ist.[1])

Vergl. Pompon. l. 28 D. de acq. r. d. (41, 1): Si supra tuum parietem vicinus aedificaverit, proprium ejus id quod aedificaverit fieri, Labeo et Sabinus ajunt. Sed Proculus tuum proprium, quemadmodum tuum fieret, quod in solo tuo alius aedificasset. Quod verius est.

l. 2 C. de rei vind. (3, 22): Si inferiorem partem aedificii, quae solum contingit, a te pertinere probare potes, eam, quam vicinus tuus imposuit, accessisse dominio tuo non ambigitur . . .

Neratius l. 47 D. de dam. inf. (39, 2): . . . . Labeo in libris Posteriorum scribit: binarum aedium dominum utrisque porticum superposuisse, inque eam aditu ex alteris aedibus dato, alteras aedes servitute oneris porticus servandae imposita vendidisse; totam porticum earum aedium esse, quos retinuisset, quum per longitudinem utriusque domus extensa esset transversa contignatione, quae ab utraque parte parietibus domus, quae venisset, sustineretur. Nec tamen consequens est, ut superior pars aedificii, quae nulli conjuncta sit, neque aditum aliunde habeat, alterius sit, quam cujus est id, cui superposita est.

Ulp. l. 3 § 7 D. uti possidet. (43, 17): Sed si supra aedes, quas possideo, coenaculum sit, in quo alius quasi dominus moretur, interdicto uti possidetis me uti posse, Labeo ait, non eum, qui in coenaculo moraretur: semper enim superficiem solo cedere. Plane si coenaculum ex publico aditum habeat, ait Labeo, videri non ab eo aedes possideri qui κρυπτας possiderit, sed ab eo cujus aedes supra κρυπτας essent: verum est in eo, qui aditum ex publico habuit. . . .[2])

Aus der letztern Stelle leitet Zaun (im Archiv für die civil. Praxis (B. 43 S. 224—229) die beiden Sätze ab:

daß wir die selbständigen Befugnisse an einzelnen Räumlichkeiten eines Gebäudes in der Form dinglicher Rechte aufrecht halten können, ohne das Prinzip des einheitlichen Eigenthums zu verletzen, und zweitens, daß wir derartige Rechte nur unter besonderen Voraussetzungen anerkennen dürfen.

Diese beiden Sätze — so führt der Verf. weiter aus — müssen auch der Beurtheilung der im heutigen Rechte vorkommenden Verhältnisse der fraglichen Art zur Grundlage dienen. Vor allen Dingen können wir

1) Nach der Erzählung von Dionys sollen jedoch in Folge der lex Icilia de Aventino publicando vom Jahre der Stadt 298 vielfach zwei oder mehrere Plebejer zusammen ein Haus gebaut und dann nach Stockwerken unter sich vertheilt haben — ein Rechtsverhältniß, welches Niebuhr dahin auffaßt, daß, wie es noch jetzt in Rom vorkomme, die Besitzer der verschiedenen Stockwerke wahre Sondereigenthümer je ihres Stockwerkes gewesen seien. Vergl. hierüber Zachariä von Lingenthal in Schneider's N. Krit. Jahrb. 1846. S. 649, 650.

2) Ueber die Interpretation dieser Stelle vergl. v. Savigny, Recht des Besitzes § 23 S. 247 f. (4. Aufl.) und Zaun im Archiv für die civil. Praxis B. 43 S. 224 f.

Digitized by Google

daher nur da solche eigenthümliche Rechte an einzelnen Räumlichkeiten eines Hauses anerkennen, wo dieselben unabhängig vom Eigenthümer des Gebäudes ausgeübt werden können. — Was sodann die Rechtsform betrifft, in welcher wir diese Verhältnisse heutzutage anzuerkennen haben, so kann nur die Frage sein, ob wir sie als Servitut, oder als besondere deutschrechtliche Gerechtsame, oder endlich nach dem Vorgange der Römer als superficiarische Rechte betrachten wollen. Da bei diesen Berechtigungen regelmäßig von einem herrschenden Grundstück nicht die Rede ist, da dieselben der Regel nach durchaus als selbständige, den liegenden Gütern zuzurechnende Rechtsobjecte behandelt werden, welche in den öffentlichen Büchern eigne Bezeichnungen führen, und unabhängig von dem Rechte am Hause selbst veräußert und verpfändet zu werden pflegen,*) so wird der Regel nach weder der Begriff der Personal- noch der Realservitut anwendbar sein. Vielmehr müssen diese Rechtsverhältnisse entweder als besondere deutschrechtliche, mit den beschriebenen Eigenschaften versehene Gerechtsame, oder als superficiarische Rechte aufgefaßt werden, und da sich jene Eigenschaften bei der letzteren Auffassung aus dem Begriffe der superficies von selbst ergeben, so ist unbedenklich der letzteren Auffassung der Vorzug einzuräumen. — Doch können Rechte an einzelnen Räumlichkeiten von Häusern auch als eigentliche Realservituten vorkommen. (Hiervon werden Beispiele angeführt.)

In einem Erkenntnisse des O. A. G. zu Kiel vom 6. September 1851 wird ein Fall der fraglichen Art in folgender Weise beurtheilt:

P. war Eigenthümer zweier unter Einem Dach befindlicher, resp. mit Nr. 343 und 344 bezeichneten Häuser. Das Haus Nr. 343 verkaufte er an den Vorbesitzer der gegenwärtigen Beklagten und zwar mit dem unter dem Hause Nr. 344 befindlichen Weinkeller „zunebst den darin jetzt vorhandenen Fenstern." (Dieser Weinkeller bildet den größern Theil des ganzen unter dem Hause Nr. 344 befindlichen Kellers.) Die Beklagte hat an diesem Weinkeller verschiedene Veränderungen, insbesondere an den Fenstern und den Mauern desselben vornehmen lassen. Der gegenwärtige Eigenthümer des Hauses Nr. 344 hat deßhalb gegen sie auf Wiederherstellung des frühern Zustandes eine Klage erhoben, zu deren Begründung er im wesentlichen anführt: er bestreite der Beklagten nicht das Eigenthumsrecht an dem fraglichen Kellerraum, wohl aber an den Mauern und dem Fundament, welche Pertinentien (Bestandtheile) seines Hauses und also sein Eigenthum seyen, das Beklagte durch die unternommenen Bauarbeiten verletzt habe. Auch seyen diese seinem Hause schädlich und lästig. Das Holst. Appell.-Gericht legte dem Kläger lediglich den Beweis auf, daß der Sicherheit seines Hauses durch die von der Beklagten an-

*) Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon B. 9 S. 498 Note 201 bemerkt: In manchen Gegenden Deutschlands, wie z. B. im Herzogthum S. Meiningen, kommt eine Theilung der Wohnhäuser nach Stocken oder Etagen vor, und diese Theile werden auch besonders verkauft und in den öffentlichen Büchern zugeschrieben. Es ist dies eine natürliche Theilung; häufig sind daneben noch gewisse Räumlichkeiten gemeinschaftlich.

Digitized by Google

geordneten Bauten an den Kellermauern Gefahr drohe und das O.-A.-G. zu Kiel bestätigte dieses Erkenntniß aus folgenden Gründen:

Es unterliegt keinem Zweifel, daß auch der Verkauf des besagten Weinkellers eine immerwährende Veräußerung und Ueberlassung aller Eigenthumsbefugnisse daran bezweckt habe. . . . . . .

Eine Veräußerung solchen Inhalts läßt sich nicht als Bestellung eines bloßen Servitutenrechts auf Benutzung des Kellerraums, sondern nur entweder als Verkauf des Eigenthums an allen Bestandtheilen des Kellers mit der, hier den Umständen nach sich von selbst verstehenden servitus oneris ferendi in Betracht des darüber befindlichen Theils des Hauses Nr. 344, oder wenigstens als Begründung und Einräumung eines superficiarischen Rechts, welches auch an einem Theile eines Gebäudes stattfinden kann,

Fr. 3 § 7 uti possidetis (43, 17)

auffassen.

Die eine wie die andere dieser Auffassungen führt für die vorliegende Frage zu demselben Ergebniß, indem der Eigenthümer eines mit der servitus oneris ferendi beschwerten Gebäudes doch nichts vornehmen darf, wodurch das darauf ruhende Haus gefährdet wird;

Fr. 6 § 7 si servitus vindicetur (8, 5);

aber auch der Superficiar, insofern keine besonderen Verabredungen entgegenstehen, zur Vornahme unschädlicher Aenderungen und Umgestaltungen berechtigt und nicht, wie der Inhaber einer Servitut, lediglich auf Erhaltung der dienenden Sache in ihrem einmal vorhandenen Zustande beschränkt ist.

Es kann demnach der Kläger jedenfalls Aenderungen im Keller oder an dessen Wänden, Fenstern u. s. w. von Seiten der Beklagten nur verwehren, wenn dieselben seinem Hause Schaden und Gefahr bringen, worauf denn eben auch der ihm auferlegte Beweis gerichtet ist.*)

Seuffert, Archiv B. 6 Nr. 152.

Vergl. auch Emminghaus: Ueber das verticale Recht des Grundeigenthums (in Elvers, Archiv für die pract. Rechtswiss. II S. 45 f.)

Einen ähnlichen Fall behandelt ein Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom 20. März 1855:

Es braucht hier nicht näher untersucht zu werden, ob, wie dieß neuerdings von einem namhaften Rechtsgelehrten verfochten worden ist,

Bluntschli, deutsches Priv.-Recht I. § 57 S. 249

nach deutscher Rechtsanschauung, abweichend von der römischen, es für unbedingt möglich zu halten ist, daß verschiedene Stockwerke oder Wohnungen eines Hauses verschiedene Eigenthümer haben. Vorliegend ist die

---

*) Vergl. indessen Hugo, Lehrb. des heutigen röm. Rechts (1826) S. 115 § 101, und Seuffert, Erörterungen einzelner Lehren des röm. Privatrechts Abth. 2 S. 49 Note ***. Das Recht, unter einem fremden Hause einen Keller zu haben, will Strube (rechtl. Bed. Ausg. v. Spangenberg. (Bd. I S. 362) ebenfalls als eine dem Herrn des Hauses zukommende servitus oneris ferendi ansehen. Allein es kann dieß eine eigene Servitut sein, bei welcher der Kellerberechtigte der dominans ist.

Digitized by Google

Frage nur die, ob dem B. ein Theil der, mit nur einem Hause überbauten Area eigenthümlich zustehen könne, während der übrige Theil derselben, sowie der Ueberbau und theilweise auch der unter der Schirne (Fleischbank) des B. befindliche Keller dem A. zugehört; und diese Frage muß bejaht werden. Mag man sich die Entstehung des gegenwärtigen Verhältnisses so zu denken haben, daß auf der Fläche, die jetzt die Grundfläche des Hauses M. 179 bildet, ursprünglich zwei Schirnen sich befunden haben, die später mit einem Hause überbaut worden sind, oder so, daß nachdem die area bereits überbaut war, das Erdgeschoß zum Zwecke der Anlage einer zweiten Schirne getheilt worden ist; in beiden Fällen handelt es sich nur darum: einerseits daß eine Grundfläche, die äußerlich allerdings als ein Ganzes sich darstellt, nach reellen Theilen unter verschiedene Eigenthümer getheilt sey, was schon nach den Grundsätzen des röm. Rechts für rechtlich möglich gehalten werden muß,

fr. 6 § 1 commun. praed, (8. 4); fr. 62 de acquir. poss. (42, 2);

und andererseits, daß der Eigenthümer des einen Theils der Grundfläche (179b) als eine Beschränkung seines Eigenthums es dulden muß, daß über und beziehungsweise unter seiner area der Eigenthümer des andern Theils zu seinem Hause gehörige Räume habe.......

Seuffert, Archiv B. 9 Nr. 264.

In Beziehung auf das Preußische Recht wird in einer Abhand*lung im* Centralblatte 1842 Sp. 574—578 ausgeführt:

Allerdings sei nach Preuß. Recht der abstrakte Begriff des römischen Eigenthums nicht aufrecht erhalten und demzufolge auch das Eigenthum am Grund und Boden als maßgebend für das Eigenthum an Allem, was mit demselben verbunden worden, nicht zu erachten. Der Superficiar sei als Eigenthümer des Objects, also des Gebäudes, Waldes, der Saat anerkannt (§§ 243, 200 Tit. 22, § 221 Tit. 9 Th. I A. L. R.). Hiernach erhalte die rechtliche Möglichkeit des Eigenthumsrechts ein erweitertes Feld. Wenn nun ferner im Gesetz gesagt werde, daß „Alles, was einen ausschließenden Nutzen gewähren kann, ein Gegenstand des Eigenthums ist" (§ 2 Tit. 8 a. a. O.) so könnte man wohl zu der Annahme gelangen, als ob nach unserem Recht die rechtliche Fähigkeit eines jeden Raumes innerhalb eines Wohngebäudes, Gegenstand des ausschließlichen Eigenthums zu sein, nicht bezweifelt werden dürfte. Dieser Ansicht sei jedoch nicht beizupflichten. Das Wort Eigenthum werde im Allg. Land-Rechte in einem zwiefachen Sinne gebraucht — in einem allgemeinen bedeute es Vermögensrecht überhaupt, im engern und eigentlichen Sinne die Rechtsherrschaft der Person über eine Sache, das römische dominium. In der letzteren, hier allein in Betracht kommenden Bedeutung erfordere das Eigenthum in seinem Objecte die Eigenschaft des Substanziellen und die Möglichkeit ausschließlicher Behandlung. Beides könne bei einem bloßen, durch seine Umgebungen bedingten Raume nicht gedacht werden. In ersterer Beziehung fehle einem dergleichen Hausraume, im Gegensatze zum übrigen Hause, die Selbständigkeit, vermöge deren er der Gegenstand eines dauernden Rechts sein könne; er bilde vielmehr einen untrennbaren Theil des Hauses, dessen wesentliche Bestandtheile ihn umschließen und

Digitized by Google

seine Existenz begründen. Die dadurch hervorgebrachte gegenseitige Abhängigkeit mache aber auch in der andern Beziehung eine ausschließliche Behandlung in dem Umfange, wie es ein Eigenthumsrecht wesentlich mit sich bringe, unthunlich und gestatte nur eine gewisse Art der Benutzung... Um die eigenthümliche Natur solcher faktisch vorkommenden Verhältnisse zu erforschen, muß jeder einzelne Fall, nach den besondern Umständen, namentlich aber aus der Beschaffenheit seines Entstehungs-Grundes beurtheilt werden. In letzterer Beziehung dürften zwei Fälle von einander zu unterscheiden sein:

1. das Haus hat der Eigenthümer an mehrere andere zugleich und gemeinschaftlich mit der besondern Bedingniß veräußert, daß jedem ein bestimmter abgeschlossener Raum in demselben ausschließlich eigenthümlich angehören soll, — oder es besitzen bereits mehrere das Haus gemeinschaftlich nach intellektuellen Theilen, und sie theilen es nunmehr faktisch, indem sie sich einzelne Räume zum Eigenthum überweisen. In beiden Fällen ist das Verhältniß solcher Miteigenthümer nicht schwierig. Im erstern Falle hat der Eigenthümer das ganze Haus ohne Vorbehalt veräußert; es wird daher auch angenommen werden müssen, daß das Eigenthum des Hauses auf Alle, und zwar gemeinschaftlich nach intellektuellen Theilen übergegangen ist, da dem Veräußerer ein Eigenthumsrecht nicht reservirt und ein Sondereigenthum an den Hausräumen der Erwerber nicht zu statuiren ist. Im letztern Falle wird durch Ueberweisung derselben an einzelne Mit-Eigenthümer im bisherigen, gemeinschaftlichen Eigenthume am Hause, als solchem, nichts geändert. In beiden Fällen gebührt den Mit-Eigenthümern, außer einem aliquoten Mit-Eigenthums-Antheile des Hauses, ein dingliches Recht an dem ihnen überwiesenen Raume. Ueber die Größe der Eigenthums-Quote muß im erstern Falle in Ermangelung bestimmter Abreden, nach den allgemeinen Regeln über Entstehung gemeinschaftlichen Eigenthums entschieden werden.

2. Der Eigenthümer eines Hauses veräußert einen Raum in demselben zu Eigenthums-Rechten; der Erwerber erwirbt nur ein dingliches Recht; eine Eigenthums-Quote am Hause gebührt ihm nicht.

Mit diesen Ausführungen im Wesentlichen übereinstimmend, bemerkt Plathner in der Jur. Wochenschr. 1847 S. 370:

> Der richtige Gesichtspunkt bei derartigen Verhältnissen ist folgender. Entweder muß diejenige Person, welche den Grund und Boden besitzt, als Grundeigenthümer gelten, und den darüber oder darunter sich angebaut habenden Personen nur ein bestimmtes Nutzungsrecht zustehen, oder man muß die in einem solchen Verhältnisse stehenden Personen als Miteigenthümer des Grundes ansehen, und annehmen, daß diese Weise der Benutzung zwischen ihnen in bestimmter Art regulirt ist. — Sieht man jeden Besitzer eines Stockwerkes als wirklichen Eigenthümer des Stockwerkes an, so kann dies nur geschehen, wenn man den Begriff des Grundeigenthums nicht gehörig erkannt hat.

Anlangend das Oesterreichische Recht, so erklärt Unger (System des österr. allgem. Privatrechts B. 1 S. 415) auch nach diesem

Digitized by Google

es für unmöglich, ein Haus in der Art zu theilen, daß dem Einen das eine Stockwerk, dem Andern das andere gehöre, bemerkt jedoch in der Note 23:

Eine solche Theilung eines Hauses nach Stockwerken scheint im Geist des deutschen Rechts zulässig zu sein (vergl. Walter, deutsche Rechtsgeschichte S. 583 und Heimbach im R. L. IX S. 498 Note 201*) und findet sich anerkannt im Code Napol. a. 664 und im Entwurf für Hessen Art. 98. Auch in Oesterreich sind früher solche s. g. materielle Theilungen von Häusern häufig vorgekommen, sie stehen aber in Widerspruch mit den Principien des österr. Rechts (vergl. § 417 a. b. G. B.) und sind daher mit Recht sowohl von den Gerichten nicht anerkannt (vergl. A. G. Z. 1854 Nr. 8. 9) als in neuester Zeit auch von Seiten der Gesetzgebung für unzulässig erklärt worden, vergl. z. B. Verordn. der Minist. der Justiz und des Innern vom 8. Februar 1853 (R. G. B. Nr. 25).

Das Französische Recht dagegen erkennt ein Sondereigenthum an den einzelnen Stockwerken eines Hauses an, indem der Code civ. art. 664 für den Fall eine Bestimmung trifft:

lorsque des différens étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires.

---

§§ 16—20. Heydemann, Einleit. in das System des Preuß. Civilrechts B. 1 S. 49, bemerkt über das getheilte Eigenthum, im Gegensatz zum gemeinschaftlichen:

Es erscheine in ihm das Eigenthum objektiv nicht mehr in seiner Totalität, sondern vielmehr in qualitativer Theilung. „Die Qualitäten des Eigenthums selbst — die unter dem Eigenthume begriffenen Rechte: zu besitzen, zu benutzen, zu veräußern — werden objectiv getheilt und zerklüftet. Schon die mannigfachen concreten Gestaltungen, welche sich im gemeinen Deutschen Rechte an die Vorstellung von einem dominium divisum (directum und utile) knüpften, ließen sich nicht mehr mit Römischem Maßstabe (einer Theilung pro partibus indivisis) messen. Um so weniger das Landrechtliche, im Wesentlichen sogar von dem Merkmale der Subjection des nutzbaren Eigenthümers unter den dominus directus losgelöste Abstractum, wonach bei dem „getheilten" Eigenthume von den unter dem Eigenthume überhaupt begriffenen Rechten der Besitz und die Nutzungen nur Einem (dem nutzbaren Eigenthümer) zukommen, die übrigen Rechte des Eigenthums aber Diesem mit einem

---

*) Vergl. auch Bluntschli, deutsches Privatrecht I § 57 S. 249, welcher sagt: Nach deutschem Recht — und davon haben sich bis auf unsere Zeit Anwendungen erhalten — ist es ausnahmsweise möglich, daß ein Baum oder ein Haus einem Andern eigenthümlich zugehört als der Boden, mit welchem sie verbunden sind. Es kommt sogar vor, daß verschiedene Stockwerke oder Wohnungen (s. g. Herbergen) eines Hauses verschiedene Eigenthümer haben, eine Spaltung dessen, was zusammengehört, welche freilich zur Verwirrung führt und nicht begünstigt, aber auch nicht, wo sie wirklich besteht, um einer abstracten Schultheorie willen willkürlich negirt werden darf.

Digitized by Google

Andern (insbesondere dem Obereigenthümer) gemein sein sollen. In diesem Sinne wird dann nicht bloß Lehn und Erbzins) A. L. R. Th. I Tit. 18 Abschn. 1 und 2), sondern auch Familienfideicommiß (A. L. R. Th. II Tit. 4 § 72. 73) zum getheilten Eigenthum gezogen."

Stahl, Rechts- und Staatslehre 1. Abth. S. 296, 297 spricht sich zur Rechtfertigung dieses Begriffes dahin aus:

Der deutschrechtliche Begriff des getheilten Eigenthums, der aus dem bloßen Verhältniß zur Sache nicht zu begründen wäre, ist wohl begründet in dem höheren organischen Verhältnisse der Personen, in welchem ihnen die Sache ebenso gut dienen kann, als in ihrer Isolirung. Romanisirende Zerlegung dieses Begriffes in ein Eigenthum mit jus in re aliena — mag man dem Ober- oder dem Untereigenthümer das eigentliche Eigenthum zuschreiben — würde die Einsicht und das innerste Princip dieses Rechtsinstituts zerstören; denn diese liegen eben in jenem Rechtsverhältnisse unter den Personen, durch welches das Eigenthumsverhältniß vielfach erst bestimmt wird. Die Lehntreue z. B. oder die Subjection, wäre es auch nur zur eigenen Beitreibung der Gefälle, die Privation, die dennoch Konsolidation nicht zuläßt, u. s. w. lassen sich aus einem dominium mit jus in re unmöglich construiren. Als eine bloße politische Obergewalt aber kann das dominium directum gleichfalls nicht aufgefaßt werden, dazu ist es von zu bedeutenden privatrechtlichen und pecuniären Folgen. Die Fähigkeit des Vermögensrechts, von solchen höhern persönlichen Banden bestimmt zu werden, ist überhaupt ein Vorzug des germanischen Rechts.

Im Uebrigen ist zu verweisen auf:

v. Gerber, System des deutschen Privatrechts § 77.

Bluntschli, deutsch. Privatrecht § 68 S. 164 f. (2. Auflage.)

Beseler, System des gem. deutsch. Privatrechts § 82 B. 2 S. 42 f.

Duncker: Ueber dominium directum und utile (in der Zeitschrift für deutsches Recht II S. 177 f.).

Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts § 139 B. 2 S. 40—42.*)

*) Derselbe schließt seine Darstellung mit der treffenden Bemerkung: Die consequente Negation dieser wissentlich falschen, also unhaltbaren Theorie (des s. g. getheilten Eigenthums) ist nun aber nicht, alle Rechte des s. g. Nutzungseigenthums für bloße Rechte an fremder Sache zu erklären, sondern sie für die Vergangenheit und nach dem Maße des geltenden positiven Rechts auch für die Gegenwart als singuläre Rechtsbildungen anzuerkennen, deren Verlauf daher für die Zukunft nicht ein Rücklauf in die Gestalt eines Nichteigenthums, sondern ein Fortschreiten in der des wahren Eigenthums ist: wie auch die neueren Gesetzgebungen die Einheit des Eigenthumsbegriffs nicht durch Aufhebung des Nutzungseigenthums, sondern durch Umwandlung desselben in wahres (alleiniges Privat-) Eigenthum zu realisiren streben.

Digitized by Google

Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum. § II. Innere Untheilbarkeit des Eigenthums (S. 8—22) und dazu **Kuntze** in Schletter's Jahrbüchern IV S. 198.

Löher, das System des Preuß. Landrechts § 31:

Das Oesterreich. allg. bürg. Gesetzbuch bestimmt:

§ 357. „Wenn das Recht auf die Substanz einer Sache mit dem Rechte auf die Nutzungen in einer und derselben Person vereiniget ist, so ist das Eigenthumsrecht vollständig und ungetheilt. Kommt aber Einem nur ein Recht auf die Substanz der Sache; dem Andern dagegen, nebst einem Rechte auf die Substanz, das ausschließende Recht auf derselben Nutzungen zu, dann ist das Eigenthumsrecht getheilt und für beyde unvollständig. Jener wird Obereigenthümer; dieser Nutzungseigenthümer genannt." [1])

Grundsätze von dem getheilten und eingeschränkten Eigenthume.

§§ 21—25. Ueber die Einschränkungen des Eigenthums ist insbesondere zu vergleichen:

Ahrens, das Naturrecht und die Rechtsphilosophie S. 265 f.
Sintenis, gem. Civilrecht B. 1 S. 474 f.
Böcking, Pandekten des röm. Privatrechts §§ 138, 139.
Ihering, Geist des röm. Rechts Th. 2 S. 231 f.

In Betreff der im Preußischen Rechte, übereinstimmend mit dem Oesterreichischen,[2]) aufgestellten Vermuthung für die Freiheit und Ungetheiltheit des Eigenthums bemerkt mit Recht **Unger**, System des österr. allg. Privatrechts B. 2 S. 590:

Die Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuches standen (gleich den Verfassern des preußischen Landrechts) vielfach auf dem älteren Standpunkte, wonach die Beweisauflage durch Vermuthungen regulirt werden soll, und legten häufig der an sich richtigen Vertheilung der Beweislast die unrichtige und überflüssige Annahme von Präsumtionen unter. So finden sich im bürgerlichen Gesetzbuch (angebliche) Rechtsvermuthungen für die Unbeschränktheit und Vollständigkeit eines Rechts ....

und fügt in der Note (35) bei:

Daraus leitete man die bekannte Präsumtion für die Freiheit des Eigenthums ab: omne praedium liberum praesumitur; ferner die s. g. Präsumtion für die Vollständigkeit (Ungetheiltheit) des Eigenthums ... Die Sache verhält sich einfach so, daß derjenige, der das s. g. Obereigenthum behauptet, dasselbe beweisen muß.

---

1) Vergl. **Unger**, Syst. des österr. allgem. Privatrechts I S. 529, 530.
2) Oesterr. bürg. Gesetzb. §§ 324, 360.


Digitized by Google

Desgl. in der Note 44 S. 395:

Der Kern der ganzen Lehre von der Beweislast liegt ... in dem Verhältniß von Regel und Ausnahme, wonach nicht derjenige, der sich auf die Regel beruft, den Mangel der Ausnahme, sondern der die Ausnahme Behauptende das Dasein derselben zu beweisen hat ...

Auf dieses richtige Prinzip führt auch von selbst die im § 25 d. T. als Folgesatz von jener angeblichen Vermuthung gegebene Vorschrift:

„Einschränkungen des Eigenthums müssen also durch Natur, Gesetze, oder Willenserklärungen bestimmt sein." *)

---

§§ 26—28. 1.

Ulp. l. 1 § 11 D. de aqua (39, 3): ... prodesse enim sibi unumquemque, dum alii non noceat, non prohiberi, nec quemquam hoc nomine teneri.

Donellus comm. de jure civ. Lib. XI cap. IX: ... certum est, unumquemque posse in suo quidvis facere, dum in alienum nihil immittat. Idque usque adeo concessum est, ut liceat etiam cum incommodo vicinorum: puta aedificare, quamvis officiamus eo facto luminibus vicini: nedum ea re prohibeamur ...

Arndts Lehrbuch der Pandekten § 130 Note 2: Auf das Eigenthum findet analog dasselbe Anwendung, was l. 4 pr. de statu hom. (1, 5) in der Definition der Freiheit andeutet: libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid (vi aut) jure prohibetur.

2. Die schwierige Frage:

in wie fern die von einem Grundbesitzer auf seinem Grunde und Boden in Ausübung seines Eigenthums vorgenommenen Handlungen eine Ueberschreitung seines Eigenthumsrechts und somit einen Uebergriff in das Rechtsgebiet des Nachbars enthalten,

ist in der Theorie und Praxis vielfach behandelt worden und gewinnt bei dem Aufschwunge der Fabrikationsanstalten eine immer größere Bedeutung.

Vergl. insbes.

Hagemann, practische Erört., fortgesetzt von Spangenberg B. 8 Abth. 2 Nr. 8: „Der Eigenthümer ist nur dann schuldig,

---

*) Vergl. Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 19, 20: Sagt man, Jemand sei vermöge der natürlichen Freiheit wozu berechtigt, so wird dadurch nichts anderes ausgesagt, als er sei vermöge seines Eigenthums berechtigt, also zu handeln, bis ein Factum der Beschränkung nachgewiesen wird. Denn soll das Eigenthum auf irgend eine Art beschränkt sein, so muß dazu ein besonderer Grund vorhanden sein, welcher in dem Willen des Eigenthümers, richterlicher Bestimmung, Verjährung, oder einem diese Beschränkung enthaltenden Gesetze liegen kann.

Digitized by Google

den von seinem Nachbar herüberdringenden Rauch oder Staub zu dulden, wenn dieser ein gewöhnlicher ist."

Spangenberg im Archiv für die civil. Praxis B. 9 S. 265—272: „Einige Bemerkungen über das Nachbarrecht" (dazu Puchta's Rezension in Schunk's Jahrbüchern V S. 298).

Reinhard im Archiv für die civil. Praxis B. 30 S. 216—248: „Ueber das Recht des Eigenthümers, gegenüber dem Nachbarrecht und dem Recht auf Entschädigung. Dabei insbesondere von der cautio damni infecti und der actio negatoria."

Sarwey im Württembergschen Archiv für Recht und Rechtsverwaltung I S. 135 f.: „Ueber das Recht der Nachbarn zur Einsprache gegen einen ihre Person und den Genuß ihres Eigenthums wesentlich störenden Gewerbebetrieb in dem Nachbargebäude."

v. Holzschuher, Theorie und Casuistik B. 2 Abth. 1 S. 81, 82. B. 3 S. 155—157.

Hesse: Ueber die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücks-Nachbarn 2c. (Eisenberg 1859) S. 26 ff. (Dazu Archiv für practische Rechtswiss. Marburg und Leipzig 1860 VII S. 482 f.)

Pagenstecher, die Lehre vom Eigenthum in ihrer modernen Anwendbarkeit 1. Abth. (Heidelb. 1857) § XV S. 118 f. (Dazu Kuntze's Rezens. in Schletter's Jahrbüchern IV S. 200.*)

Plathner, Geist des Preußischen Privatrechts B. 1 S. 37, 38.

Die hierbei in Betracht kommenden Aussprüche der römischen Juristen sind:

Ulp. l. 8 § 5 D. si serv. vind. (8, 5): Aristo Cerellio Vitali respondit: non putare se, ex taberna casearia fumum in superiora aedificia

*) Kuntze bemerkt a. a. O.: Mit Recht hebt der Verf. (S. 118) hervor, daß das Verbot der immissio von Rauch 2c. auf das Nachbargrundstück hinüber mit nichten als eine Eigenthumsbeschränkung aufgefaßt werden dürfe, vielmehr die Pflicht, solche immissio zu dulden, als figürliche Beschränkung aufzufassen sei. Wenn aber dann (S. 120) der Verf. hinzufügt, der Immissionsbegriff sei so weit zu nehmen, daß auch der Fall darunter enthalten sei, wenn „unsre Handlung in ihrer natürlichen Tragweite zerstörend auf des Nachbars Eigen wirke" (Legalbeispiel: Ulp. in l. 24. § 12 i. f. D. de damno inf. 39, 2): so ist es wenigstens ungenau, von immissio zu reden, wo nur ein physikalischer Einfluß stattfindet; die Fälle, da durch Handlungen des Nachbars unmittelbar mein Grund und Boden eine sinnliche Veränderung erfährt, bilden eine selbständige, nach Analogie der l. 24 cit. zu beurtheilende, übrigens heutzutage immer wichtiger werdende Kategorie; man denke nur an die Beunruhigungen der an Eisenbahnen angrenzenden Gebäude durch die wiederholten Bodenerschütterungen, welche die Wagenzüge bewirken.

Digitized by Google

jure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittat. Idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet; in suo enim alicui hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat; fumi autem, sicut aquae, esse immissionem; posse igitur superiorem cum inferiore agere, „jus illi non esse, id ita facere." Alfenum denique scribere ait: posse ita agi, „jus illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant." .... § 6. Apud Pomponium dubitatur Libr. 41 Lectionum, an quis possit ita agere, „licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere, aut non licere?" Et ait: magis non posse agi; sicut agi non potest, „jus esse in suo ignem facere, aut sedere, aut lavare."

Id. l. 24 § 12 D. de damno inf. (39, 2): Item videamus, quando damnum dari videatur? Stipulatio enim hoc continet, quod vitio aedium, loci, operis, damnum fit; utputa in domo mea puteum aperio, quo aperto venae putei praecisae sunt, an tenear? Ait Trebatius: non teneri me damni infecti; neque enim existimari, operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua jure meo usus sim. Si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur.

Proculus l. 13 D. si serv. vind. (8, 5): Fistulas, quibus aquam duco, in via publica habeo: et hae ruptae inundant parietem tuum: Puto, posse te mecum recte agere, „jus mihi non esse flumina ex meo in tuum parietem fluere."

Paulus l. 19 pr. D. de serv. pr. u. (8, 2): ... Sed Neratius ait: si talis sit usus tepidarii, ut assiduum humorem habeat, et ideo noceat vicino, posse prohiberi eum.

Ueber die oben aufgestellte Frage sprechen sich, und zwar meist nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts,*) folgende Erkenntnisse aus:

a. in Beziehung auf die Verbreitung schädlichen Qualmes und Rauches über das Nachbargrundstück.

Erkenntniß des O. A. G. zu Celle vom 22. Juni 1837:

Der Wiederkläger kann, in Ermangelung eines für ihn existirenden besonderen Verpflichtungsgrundes, nicht für verbunden erachtet werden, die Immission des Qualms und Dampfs, welcher ihm durch die Kellerfenster des gegnerischen Seifen- und Lichterfabrik-Gebäudes auf sein Grundstück zugeführt wird, zu dulden. Der ihm dieserhalb in dem unterrichterlichen Erkenntnisse auferlegte Beweis (daß er durch den, in Folge der vom Wiederbeklagten betriebenen Lichtgießerei und Seifensiederei, von dessen Kelleröffnungen oder Fenstern ausgehenden Rauch und Qualm in seiner Wohnung belästigt worden sei) genügt zur Begründung der angestellten Wiederklage vollkommen.

Seuffert, Archiv B. 11 Nr. 14.

---

*) In Betreff der Preußischen Rechtspraxis ist hauptsächlich zu verweisen auf den Plenarbeschluß des Ober-Tribunals zu Berlin vom 8. Juni 1852 (in dessen Entscheid. B. 23 S. 252—271).

Digitized by Google

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom Jahre 1848:

B. hatte auf seinem Grundstücke eine Ziegelei errichtet. Der Nachbar behauptete, daß durch den aus der Ziegelei aufsteigenden Dampf die auf seinem Grundstücke befindlichen Bäume beschädigt seien und forderte dieserhalb Ersatz. Der oberste Gerichtshof hielt die Klage an sich für begründet, „indem die allerdings in der Regel Jedem zustehende freie Benutzung seines Eigenthums keineswegs die Befugniß in sich schließe, solche neue Werke und Anlagen auf seinem Grund und Boden zu errichten, welche für den Nachbar nicht etwa eine bloße Belästigung und Unbequemlichkeit, sondern eine Zerstörung des Eigenthums oder doch einen positiven Vermögensschaden zur nothwendigen Folge haben. In den vom Beklagten in Bezug genommenen Gesetzen l. 8 § 5, 6, 7 D. si serv. vind. (8, 5) finden sich keine Bestimmungen, aus welchen eine Befugniß des Letztern sich ableiten ließe, welche den aus den nachbarlichen Verhältnissen entspringenden Rechten und Verpflichtungen völlig zuwiderlaufen würde."

Seuffert, Archiv B. 8 Nr. 346.

Es kommt hierbei nicht darauf an, ob die schädlichen Dämpfe durch besondere künstliche Vorrichtungen auf das Nachbargrundstück geleitet werden.

Erkenntniß des O. G. zu Wolfenbüttel vom Jahre 1858:

Jede außergewöhnliche Belästigung durch Rauch berechtigt den Grundeigenthümer, die Abstellung dieser Belästigung gegen den Nachbar, der den Rauch erzeugt, zu fordern.

Wenngleich aus § 7 der l. 8 D. si serv. vind. sich ergibt, daß eine Servitut, nach welcher man Rauchröhren in ein fremdes Grundstück leitet, errichtet werden könne, so folgt doch daraus nicht, daß die immissio fumi nur dann verboten sei, wenn sie mittelst solcher direct auf das fremde Grundstück leitenden Apparate geschieht.

Zeitschrift für Rechtspflege in Braunschweig 1858 S. 177 f.

Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden:

Es beruht auf einer unrichtigen Auffassung, wenn man den in l. 8 § 5 D. si serv. vind. vorkommenden Ausdruck: immittere fumum — immissio fumi von einer besonders künstlichen Vorrichtung zur Leitung des Rauchs auf ein fremdes Grundstück verstanden wissen, oder doch wenigstens die gedachte Gesetzesstelle, insofern darin die immissio fumi in alienum aedificium als an sich unerlaubt bezeichnet worden, nur auf den Fall des Aufsteigens des Rauches aus einem niedriger gelegenen Orte nach einem höher gelegenen beziehen will.

Schletter, Jahrbücher V S. 221.

Erkenntniß desselben Gerichtshofes:

Eine desfallsige künstliche Vorrichtung ist nicht Bedingung der Statthaftigkeit einer Klage auf Abstellung der durch den Rauch herbeigeführten Belästigung und bezüglich auf Ersatz des dadurch entstandenen Schadens. Es ist daher allerdings die Meinung derer gerechtfertigt, welche es unter den Immissionsbegriff fassen, daß die Handlung in ihrer natürlichen

Digitized by Google

Tragweite zerstörend auf des Nachbars Eigenthum wirkt (**Pagenstecher**, die röm. Lehre vom Eigenthum 1857 S. 118 ff.).

Sächs. Zeitschrift für Rechtspflege N. F. XVIII S. 341.

Erkenntniß des O. A. G. zu Cassel:

Nach den Gesetzen muß eine die Kläger zur Klage berechtigende Beeinträchtigung ihres Eigenthumsrechts darin gefunden werden, wenn entweder in Folge eines besonderen Gewerbebetriebes auf der Grundfläche der Verklagten ein außergewöhnlicher Rauch erzeugt wird, und von da, auch ohne besondere Vorrichtung, den Klägern zuströmt, oder wenn durch eine besondere Vorrichtung auf dem Grundstücke der Verklagten der daselbst erregt werdende Rauch, einerlei ob ein gewöhnlicher oder außergewöhnlicher, den Klägern zugeführt wird.

Heuser, Annalen Jahrg. VI S. 230, 231.

Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden vom 11. Mai 1844:

.... Was die Frage anlangt, ob nur ein durch künstliche Vorrichtungen auf das Nachbargrundstück geleiteter, oder auch ein durch die Richtung des Windes, mithin mehr zufällig getriebener Rauch die Negatorienklage begründe, so ist zwar der Ansicht derjenigen Rechtslehrer beizutreten, welche die l. 8 § 5 f. D. si serv., insbesondere wegen des Ausdrucks „fumum immittere" und der Schlußworte des § 8, zunächst nur von dem ersteren, nicht auch von dem letzteren Falle verstehen. Indessen, wenn auch der römische Jurist nur das Eindringen des Rauchs vermittelst einer künstlichen Vorrichtung vor Augen gehabt haben sollte, so schließt dies doch nicht aus, daß der von ihm aufgestellte Grundsatz analog auf die Fälle anzuwenden sei, wo der Eigenthümer des Grundstücks, von welchem der Rauch in Folge eines besonderen Apparats in ungewöhnlicher Masse aufsteigt, demselben zwar seinen freien Lauf läßt und keine besonderen Anstalten trifft, um ihn dem Nachbargrundstücke zuzuführen, das Einströmen des von der Luftströmung fortgeführten Rauchs aber auf das letztere so regelmäßig und ununterbrochen erfolgt, oder wenigstens in so kurzen Zwischenräumen sich wiederholt, daß erheblicher Schaden daraus entsteht. Ob die Ursache des Schadens, das Eindringen des Rauchs, eine etwas entferntere oder eine unmittelbare Folge der Handlung des Gegners sei, kann keinen Unterschied mehr machen, sobald die Belästigung nur als eine nothwendig eintretende und voraussichtlich bleibende Wirkung dieser Handlung erscheint. Vergl. **Gesterding**, Ausbeute B. 6 S. 405, 407.

Seuffert, Archiv B. 3 Nr. 7.

Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom 28. Juni 1853:

In der Nähe einer zur Bleiche benützten Wiese wurde eine Dampfmühle angelegt. Der Wiesenbesitzer behauptete durch den in der Mühle erzeugten Rauch eine Beeinträchtigung der gedachten Benützung seines Grundstücks zu erleiden, und versuchte dieselbe auf Grund des fr. 8 § 5—7 si servitus vindicetur (8, 5) mit der Negatorienklage abzuwenden. Aus der oberstrichterlichen Beurtheilung dieser Rechtssache entnehmen wir was folgt:

Es läßt sich freilich nicht in Abrede stellen, daß eine buchstäbliche Anwendung der in Bezug genommenen Stelle das Verlangen des Klägers

Digitized by Google

nicht zu begründen vermag. Denn weder ist gegenwärtig von einem höher oder niedriger gelegenen Gebäude die Rede, noch liegt der Fall so, daß durch eine künstliche an der Gränze angebrachte Vorrichtung der Rauch in die Luftsäule des Nachbars hineingeleitet wäre. Es mußte jedoch in gedachter Stelle nur die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf einen concreten Fall gefunden werden, und mithin auch da, wo die factische Lage der Sache von dem, dem römischen Juristen zur Beurtheilung vorliegenden Fall abweicht, jener Grundsatz zur Anwendung kommen. Derselbe lautet dahin, daß Niemand verpflichtet ist, zu dulden, daß durch außergewöhnliche bleibende Vorrichtungen auf einem benachbarten Grundstücke ein Rauch erzeugt werde, dessen regelmäßig sich wiederholende Verbreitung über den Luftraum eines unmittelbar oder mittelbar benachbarten Grundstücks, einer gewöhnlichen Benutzungsweise des letzteren erheblichen Abbruch thut. Während also einerseits der durch einen gewöhnlichen Geschäftsbetrieb erzeugte Rauch, insofern er nicht dem unmittelbaren Nachbarn besonders zugeleitet wird, den Eignern benachbarter Grundstücke kein Recht zur Beschwerde gibt, und während andererseits nicht jede geringfügige, von Wind und Wetter abhängige Belästigung zum Einspruch berechtigt, kann darauf, ob das Grundstück ein unmittelbar angränzendes, so wie darauf, ob die aus der Rauchverbreitung hervorgehende Gebrauchsbeeinträchtigung durch künstliche Vorrichtungen, oder durch regelmäßig wiederkehrende Naturereignisse, oder durch beides veranlaßt werde, nichts ankommen. Nun ist aber in dem vorliegenden Falle nicht zu verkennen, daß die Herrichtung eines hohen Schornsteins, durch welchen der Rauch einer tagtäglich verbrannten, ungewöhnlich großen Quantität Steinkohlen abgeführt wird, zu den außergewöhnlichen Vorrichtungen gehört. Ebensowenig wird man die Benutzung einer in der Nähe eines Flusses belegenen Wiese zur Bleiche als eine ungewöhnliche durch die Natur des Grundstücks nicht gerechtfertigte Gebrauchsart bezeichnen können. Sollte sich also nachweisen lassen, daß bei gewissen regelmäßig wiederkehrenden Winden durch den Rauch aus dem Fabrikschornstein des Beklagten Substanzen in den Luftraum des dem Kläger gehörigen Grundstückes geführt werden, deren Niederschlag, wie dieser behauptet, die daselbst ausgebreitete Wäsche beschmutzt oder beschädigt, so würde Kläger allerdings befugt seyn, hiegegen mit der Negatorienklage die betreffende Abhülfe zu erwirken.

Seuffert, Archiv B. 11 Nr. 114.

Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Berlin vom 1. December 1854:

Der Plenarbeschluß vom 7. Juni 1852 (s. oben S. 114 Note *) findet Anwendung in dem Falle, wenn auf den Grund und Boden des Nachbars schädliche Substanzen gebracht werden, sei es direkt oder vermittelst des Mediums der Luft oder des Wassers.

Striethorst, Archiv B. 16 S. 50.

Ebensowenig kommt darauf etwas an, in welcher Lage die betreffenden Grundstücke sich gegen einander befinden.

Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden vom 11. Mai 1844:

Aus l. 8 § 5—7 D. si serv. vind., insbesondere aus § 5 geht deutlich

Digitized by Google

hervor, daß das Recht des Eigenthümers, auf seinem Grundstücke zu schalten und walten, wie er wolle, kein uneingeschränktes sei, vielmehr der benachbarte Grundbesitzer die Erzeugung von Rauch und Dämpfen auf dem einem andern Eigenthümer gehörigen Grund und Boden, sobald der Rauch oder die Dämpfe auf sein Grundstück sich verbreiten, unter gewissen Umständen zu hindern befugt sei. Die gedachte Pandektenstelle hat allerdings, wie aus dem mehrfach darin gebrauchten Ausdruck: inferius und superius praedium hervorgeht, nur den Fall vor Augen, wenn von einem niedriger gelegenen Grundstücke der nach allgemeinen Naturgesetzen der Regel nach in der Luft sich erhebende Rauch auf das höher befindliche Grundstück einströmt. Im vorliegenden Falle ist nur von neben einander liegenden Grundstücken die Rede. Der Grund aber, welcher von den röm. Juristen für das in l. 8 § 5 cit. ausgesprochene Verbot der immissio fumi aufgestellt wird: „in suo alii hactenus facere licere, quatenus nihil in alienum immittat" paßt offenbar eben so gut bei neben einander gelegenen, als bei einander überragenden Grundstücken.*) **Funke, Beitr.** zur Erört. pract. Rechtsfragen S. 154.

Seuffert, Archiv B. 3 Nr. 7.

Erkenntniß desselben Gerichtshofes:

Gegen unmittelbar belästigende Einrichtungen auf dem Grundstücke eines Andern steht dem Besitzer eines benachbarten Grundstückes die Negatorienklage zu. Ob ein anderes Grundstück dazwischen liegt, welches die Belästigung vermittelt, ist einflußlos.

Sächsische Zeitschrift für Rechtspflege N. F. XVIII. S. 83.

Desgleichen:

Die betreffenden Grundsätze sind nicht bloß auf Gebäude, sondern auch auf Landgrundstücke anwendbar und unmittelbare Angrenzung des beeinträchtigten Grundstückes ist nicht Bedingung der Anwendbarkeit derselben.

Ebendaselbst XVIII S. 341.

Von einer anderen Ansicht ist das Ober-Hof-Gericht zu Mannheim in einem Erkenntnisse vom 10. December 1860 ausgegangen, indem darin die Frage:

Hat der durch Steinkohlenruß aus den Kaminen einer nicht unmittelbar angränzenden Fabrikanlage belästigte Eigenthümer auf Beseitigung dieses Uebelstandes oder auf Entschädigung Anspruch?

aus folgenden Gründen verneint ist:

Nach dem Gesetz sind die Beklagten berechtigt, ihr Eigenthum unbeschränkt zu benützen, sofern ihnen in der Verfügungsgewalt keine Gesetze

---

*) Die Sächsischen Gerichtshöfe sind früher entgegengesetzter Ansicht gewesen. v. Hartitzsch, Entsch. pract. Rechtsfragen Nr. 337 theilt ein Urtheil mit, worin ausgesprochen ist:

Gleichviel, ob der Rauch durch künstliche Vorrichtungen bewirkt worden, oder nicht, steht demjenigen, welchem der Rauch Beschwerde oder Nachtheil verursacht, die Negatorienklage nur dann zu, wenn sein Grundstück nicht neben dem andern sondern, über demselben, d. i. höher gelegen und deshalb wegen seiner Lage und Nähe dem Rauche auf eine dessen Gebrauch störende Weise ausgesetzt ist. Vergl. Gesterding, Ausbeute Th. 3 Nr. IX S. 405.

Digitized by Google

oder Verordnungen des Staats entgegenstehen. Sie sind daher auch befugt, ihre auf ihrem Eigenthum stehende, durch einen 65½ Fuß breiten, öffentlichen Weg von dem Eigenthum des Klägers getrennte Fabrik, wie sie es angemessen finden, zu benutzen und sind darin nur an die polizeilichen Vorschriften und Anordnungen der zuständigen Verwaltungsbehörden gebunden.

Der Kläger kann weder ein Dienstbarkeitsrecht für sein Klagebegehren behaupten, noch liegt einer der Fälle von Bauanlagen an Nachbargut vor. Daß die Beklagten einen concessionswidrigen Gebrauch von ihrer Fabrik gemacht oder den Anordnungen der Verwaltungsbehörden in Beziehung auf die ihnen gestattete Steinkohlenheizung zuwidergehandelt haben, vermochte der Kläger ebenfalls nicht zu behaupten. Die Beklagten haben daher nur einen erlaubten Gebrauch von ihrem Eigenthum gemacht und keine Privatrechte des Klägers verletzt. Dieß ergibt sich um so mehr, als nach Lage der betreffenden Grundstücke und den übereinstimmenden thatsächlichen Erklärungen der Parteien von einer unmittelbaren und directen Einwirkung der Beklagten auf das Eigenthum des Klägers, folgeweise von einem privatrechtlichen Schutze des Letzteren gegen die Handlungen der Beklagten keine Rede seyn kann.

Der Kläger konnte auch rechtlich nicht erwarten, daß seine Gewerbsanlage durch ein anderes, in der Nähe entstehendes Werk der Industrie niemals werde beeinträchtigt werden, weßhalb die Errichtung und ordnungsmäßige Betreibung eines solchen von Seiten der Beklagten in das Rechtsgebiet des Klägers nicht eingreifen kann. Unter diesen Voraussetzungen haben die Beklagten dem Kläger auch keinen, sie zum Ersatz verpflichtenden Schaden zugefügt, da es an dem Erforderniß einer rechtswidrigen That fehlt. Es liegt daher auch kein rechtlicher Grund für den Richter vor, eine weitere Untersuchung darüber anzuordnen, welche Verbesserungen in den Heizapparaten in der Fabrik der Beklagten etwa noch möglich seyen, und zwar um so weniger, als schon in dem vorliegenden Gutachten von den Sachverständigen ausgesprochen ist, daß sie keine Construction irgend einer andern Feuerungseinrichtung anzugeben wüßten, welche eine Bürgschaft dafür geben könnte, daß der Kläger nicht weiter durch „Rauch und Ruß aus den Fabrikkaminen der Beklagten beschädigt würde."

Seuffert, Archiv B. 14 Nr. 113.

b. in Beziehung auf die Ausströmung schädlicher Hitze auf das Nachbargrundstück:

Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Berlin vom 4. Juni 1858, in dessen Entscheid. B. 40 S. 36—41.

c. in Beziehung auf die Untauglichmachung des Brunnenwassers des Nachbars.

Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden vom 11. Mai 1844:

....Was den zweiten Klagepunkt betrifft, in welchem sich der Kläger über die durch die Gasbereitungsanstalt gleichfalls angeblich herbeigeführte

Digitized by Google

Inficirung des Wassers der auf seinem Grundstück befindlichen Brunnen mit schädlichen, die Benutzung des Wassers hindernden Stoffen beschwert, welche aus den Gruben und Cisternen, worin die zur Bereitung des Gases nöthigen Flüssigkeiten enthalten wären, und aus den Gasleitungsröhren in den Boden eindrängen und sich dort mit dem Brunnenwasser verbänden: so kann es nicht bezweifelt werden, daß eine solche Belästigung des Nachbargrundstücks durch Verbreitung schädlicher, unter dem Boden durchdringender Substanzen von dem Eigenthümer des Letztern eben so wenig geduldet zu werden braucht, als das Eindringen des Rauches. Die Regel, daß die Immission einer res corporalis von einem Grundstück auf das andere als eine Ueberschreitung der Befugniß des Eigenthümers, über seine Sache zu disponiren, zu betrachten sey, leidet auch hierauf Anwendung,

vergl. Guyet, in den Bemerkungen aus dem röm. Oekonomierechte. Archiv f. civ. Praxis. Band XVII. Nr. 2. S. 36.

Denn im Sinne der römischen Juristen, welche im Gegensatz zu den unkörperlichen Sachen, die nur im Begriff existiren, Alles das als res corporalis bezeichnen, quod tangi potest,

§. 1, 2. J. de rebus corporalibus et incorporalibus (2, 2),

d. h. was durch die äußeren Sinne wahrgenommen wird, erscheinen auch die Gasarten, welche Kläger als die das Brunnenwasser inficirenden Stoffe benennt, als körperliche Gegenstände so gut, wie der Rauch und das Wasser. Ob das Eindringen dieser auf das Nachbargrundstück immittirten Substanzen durch die Luft und über der Oberfläche, oder unterhalb derselben durch ein Durchdringen des Bodens erfolge, erscheint ganz gleichgültig. Das Eigenthum erstreckt sich ohne Zweifel und sogar nach viel sicherern Grundsätzen auch auf den unter der Oberfläche des Grundstücks befindlichen leicht abzugränzenden Raum, als sich dieß nach dem Obigen von der Luftsäule darüber behaupten läßt.

Fr. 7. §. 13, 14.; fr. 8. soluto matrim. (24, 3);
fr. 9. §. 3.; fr. 13. §. 5. de usufr. (7, 1);
Glück, Erläuter. der Pand. Bd. VIII. §. 576. S. 39. 40.
Göschen, Vorles. über das Civilrecht, Bd. II. 1. Abthl. §. 225. S. 24. 25.

Daher befindet sich auch das Quellwasser, welches auf einem Grundstück zu Tage gefördert wird, in dem Eigenthum des Grundbesitzers,

Fr. 11, pr. quod vi aut clam (43, 24);
C. 6. de serv. et aqua (3, 24),

und die von dem Nachbargrundstück ausgehende Vermischung fremdartiger schädlicher Stoffe mit diesem Wasser enthält sonach eine Verletzung des Eigenthumsrechts. Zwar könnte man entgegensetzen, daß, da dem Besitzer eines Grundstücks nach den Aussprüchen der römischen Rechtsquellen

Fr. 1. §. 12. de aq. et aqu. pluv. arc. (39, 3).
fr. 24. §. ult. fr. 26. de damn. inf. (39, 2)

erlaubt sey, seinem Nachbar das auf dessen Grundstück zu Tage kommende Quellwasser durch Anlegung eines Brunnens auf eigenem Grund und Boden und Abschneidung des Wasserzuflusses ganz zu entziehen, noch viel weniger eine bloße Störung in der Benutzung des Wassers, durch die Vermischung mit andern Substanzen herbeigeführt, welche im schlimmsten

Digitized by Google

Falle doch auch keine andere Folge haben könne, als dem Nachbar den Gebrauch seiner Brunnen unmöglich zu machen, als ein Eingriff in das fremde Eigenthumsrecht betrachtet werden könne. Allein der Unterschied in der Behandlung beider Fälle liegt eben darin, daß bei einer Abgrabung des Quellwassers der eine Eigenthümer dem andern nur vermöge der freien Gebahrung mit seinem eigenen Grundstück mittelbar etwas entzieht, ohne das fremde Grundstück zu berühren, die Verunreinigung des Brunnenwassers aber eine wahre Immission, ein Eindringen fremder Stoffe auf das Nachbargrundstück enthält, welche die Gesetze verbieten. Das von Kläger angeführte

Fr. 3. pr. de aqua et aqua pluvia (39, 3)

spricht in den Schlußworten: si tamen aquam conrivat, vel si spurcam immittat, posse eum impediri, ein ausdrückliches Anerkenntniß dieses Unterschiedes aus, welcher auch schon in dem oben citirten fr. 26 de damn. inf. angedeutet wird. Endlich lassen auch die von dem Kläger angezogenen Gesetzstellen

Fr. 19. pr. de serv. praed. urb. (8, 2),
fr. 13; fr. 17, §. 2. si serv. vind. (8, 5),

wo die Negatorienklage in den Fällen, wenn aus der Miststätte eines Grundbesitzers oder seinen beschädigten Canälen oder seinen warmen Bädern auf das Nachbargrundstück zufällig demselben schädliche Feuchtigkeiten eindringen, für begründet erklärt wird,

vergl. Franke, im Arch. für die civ. Praxis, Bd. XXI. Nr. 1. S. 32.

das denselben zu Grunde liegende Princip deutlich erkennen, daß Immissionen flüssiger Körper, welche nachtheilig auf das benachbarte Grundstück einwirken, ebensowenig gestattet sind, wie die von festen Körpern, ohne daß übrigens hierbei darauf etwas ankommt, ob das Eindringen absichtlich von dem Nachbar herbeigeführt worden, oder nur durch Zufall und Nachlässigkeit bei einem zu andern Zwecken errichteten besondern Apparat entstanden ist.

Seuffert, Archiv B. 3 Nr. 7.

d. in Beziehung auf die Verbreitung übler Gerüche über das Nachbargrundstück.

Erkenntniß des St. G. zu Berlin vom 12. Januar 1821, durch das Urtheil des Ober-Tribunals vom 10. Januar 1823 wieder hergestellt:

Der Verklagte war nach dem Antrage des Klägers zu verurtheilen, die in der Grenzmauer angebrachten Luftlöcher, aus welchen sich ein ekelhafter Geruch über das klägerische Grundstück verbreitete, zu vermauern. Er hat die ihm zustehende Befugniß hinsichtlich der Benutzung seines Eigenthums offenbar überschritten. Denn nach § 26 Tit. 8 Th. I des Allg. Land-Rechts geht diese Befugniß zur freien Disposition nur so weit, als durch diese nicht für Andere ein Nachtheil erwächst. Ein solcher ist aber im vorliegenden Falle durch die Handlung des Verklagten für den Kläger herbeigeführt und hiernach also für den Letzteren ein Untersagungsrecht

Digitized by Google

wohl begründet.[1]) Vergl. auch **Mathis**, juristische Monatsschrift Bd. 2 S. 368.[2])

Centralblatt 1837 Sp. 999—1102.

e. in Beziehung auf die Verbreitung von Lärm und Getöse.

Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden vom 20. August 1857:

Daß der Betrieb eines Gewerbes mit ungewöhnlichem Lärm und Getöse verbunden ist, berechtigt den Besitzer des Nachbargrundstückes, dem da-

---

1) Auch **Gesterding** in der allgem. jurist. Zeitung 1829 S. 105 f. bezeichnet als immittere überhaupt jede positive Thätigkeit, welche macht, daß ein fremder Körper, von wie grobem oder feinem Stoff er sein mag, auf das Gebiet oder in den Luftkreis des Nachbarn zum Schaden desselben eindringt. So wenig wir, sagt G., nöthig haben, zu leiden, daß der Nachbar Anstalten macht, wodurch er uns Wasser zuschickt, oder Backdünste, Rauch u. s. w., ebensowenig haben wir nöthig, zu leiden, daß er die Luft auf unserem Gebiet mit bösen, verpesteten Dünsten anfüllt. Daher kann es dem Nachbar nicht erlaubt sein, eine latrina, z. B. auf der Gränze und in der Art anzulegen, daß den Dünsten, während ihnen nach anderen Seiten der Ausgang versperrt wird, nur nach der Seite des Nachbars ein solcher offen bleibt; es kann ihm aber auch nicht freistehen, dieselbe in solcher Nähe und Einrichtung zu haben, daß die Luft auf dem Gebiet des Nachbars dadurch verderbt wird. In jenem Fall tritt das Unrecht nur mehr hervor und ist größer und schädlicher; vorhanden ist es auch in diesem.

Kuntze in der oben angeführten Rezension **Pagenstecher's** Lehre vom Eigenthum (Schletter's Jahrb. IV S. 200) bemerkt hierüber:

Eine dritte Kategorie, die der „unangenehmen und ungesunden Sinnesaffectionen" würde eher unter den Gesichtspunkt der immissio zu bringen sein, wenigstens gilt dies von den üblen Gerüchen, die ja in der That auf der Ausbreitung feiner Materie beruhen. Der Verf. will wegen solcher keine actio negatoria geben, die Abhülfe gehöre in das Polizeirecht. Wie aber nun, da **wir** wissen, daß die Gerüche nicht auf transcendenter Ausstrahlung, sondern auf körperlicher Mittheilung beruhen, und überdies vermuthen dürfen, daß unsere modernen Nerven den an starke Afficirungen wohlgewöhnten Nerven des Römers hinsichtlich der Unangreifbarkeit sehr nachstehen?! Uns scheint der Verf. hier zu sehr romanisirt zu haben; er selbst schränkt dann seinen Satz ein, aber freilich unter einem Motiv, welches uns hier nicht zuzutreffen scheint: „Nur dürfen, was die Gerüche anbelangt, die Gase nicht dem Nachbareigen, dem Wachsthum der Pflanzen, der Gesundheit des Viehstandes schaden;" hier liege, meint der Verf., ein abschätzbarer Vermögensschaden vor, nicht aber, wenn bloß die Gesundheit der Hausbewohner gefährdet sei. Freilich ist diese inästimabel, aber davon kann doch die Gewährung der actio negatoria unmöglich abhängig gemacht werden. Ueberdies liegt, wenn z. B. neben meinem Grundstück eine Guanofabrik sich etabliren wollte und in Folge dessen mein Haus keine Abmiether mehr finden würde, eine so unmittelbare und handgreifliche Einbuße auf meiner Seite vor, daß die actio negatoria gewiß als begründet angesehen werden darf und wir uns nicht auf polizeiliche Einmischungen vertrösten zu lassen brauchen.' Diese und ähnliche Erwägungen sind für unseren heutigen Verkehr, der selbst ein so überaus sensibler und feinnerviger geworden, von außerordentlicher Bedeutung.

2) Es werden hier unter den **Spezial-Observanzen**, nach welchen die Baukommission in Berlin erkennt, Tit. IV § 9 aufgeführt: „In Pferdestallungen dürfen auch keine Luftlöcher nach des Nachbars Fundum zu angelegt werden, weil der Dampf und Qualm sich dadurch nach des Nachbars Eigenthum zuziehet."

Digitized by Google

durch Schaden zugefügt worden, zu einem Anspruche auf Ersatz desselben nicht.

Seuffert, Archiv B. 12 Nr. 123.

Was die Richtung des in den Fällen zu a bis d zu stellenden Klageantrages betrifft, so wird in einem Erkenntnisse des O. A. G. zu Dresden (Sächsische Zeitschrift für Rechtspflege N. F. XVIII S. 248) der Grundsatz ausgesprochen:

Eine Klage auf Einstellung oder Modificirung des Betriebes industrieller, mit dem Bergbau in Verbindung stehender Unternehmungen, welcher den anliegenden Grundbesitzern Schaden verursacht, ist an sich statthaft.

Dieser Satz wird auch als richtig anzuerkennen sein. Denn handelt es sich in den in Rede stehenden Fällen um eine widerrechtliche Immission in fremdes Gebiet, um einen unbefugten Eingriff in die Rechtssphäre eines Andern, so hat der Verletzte nicht bloß das Recht auf Entschädigung, sondern auch das Recht, mittelst der Negatorienklage auf Unterlassung der schadenzufügenden Handlung — der Immission — zu dringen. Es gilt hier der Abwehr eines Unrechts, gegen welches jeder Eigenthümer den Schutz der Gesetze in Anspruch zu nehmen befugt ist. Der Fall liegt daher ganz anders als bei der Beschädigung des Grundeigenthums durch den Bergbau selbst. Bei dieser handelt es sich nicht um einen durch eine unerlaubte Handlung, durch einen widerrechtlichen Eingriff in fremdes Eigenthum verursachten Schaden, also um die Ausgleichung eines begangenen Unrechts (injuria), vielmehr um eine von dem Gesetz an die Ausübung eines Rechts — den freigegebenen Betrieb des Bergbaues — geknüpfte Pflicht, die eben nur dahin geht, dem Grundeigenthümer vollständige Entschädigung zu leisten.*)

Ein sehr ergiebiges Feld für die Anwendung der bisher aufgestellten Grundsätze bietet der Eisenbahnverkehr.

Es kann jedoch in dieser Hinsicht auf das vielfach empfohlene Werk:

„Deutschlands Eisenbahnen. Versuch einer systemat. Darstellung der Rechtsverhältnisse aus der Anlage und dem Betriebe derselben. Von Dr. Wilhelm Koch (Marburg 1858 und 1860)"

verwiesen werden, welches im Th. I Tit. 3 (§§ 61—64) „die Rechtsverhältnisse der Eisenbahn-Unternehmer zu den Eigenthümern der anliegenden Grundstücke" so wie im Th. II Tit. 4 (§ 133) die „Beschädigungen durch den Eisenbahnbetrieb" behandelt und in den Noten

*) Vergl. hierüber Jahrg. IV S. 149, 150 dieser „Beiträge."


Digitized by Google

zahlreiche Belege aus der Praxis der obersten Gerichtshöfe Deutschlands enthält.

Vergl. überdieß: Arnsberger Archiv B. 15 S. 612 f. — **Seuffert**, Archiv X Nr. 164. 165. XII Nr. 124. XIII 235.

Häberlin, die Lehre von der Zwangsenteignung, im Archiv für die civil. Praxis B. 39 S. 199, 200.

3. Die ganz doctrinär gefaßte Bestimmung des § 28 d. T. steht im Zusammenhange mit dem § 37 Tit. 6 Th. I A. L. R., welcher denjenigen, der sich seines Rechts bedient, zur Vergütung des dadurch einem Andern entstandenen Schadens für verpflichtet erklärt:

„wenn aus den Umständen klar erhellt, daß er unter mehreren möglichen Arten der Ausübung seines Rechtes diejenige, welche dem Andern nachtheilig wird, in der Absicht, denselben zu beschädigen, gewählt habe."

Es ist daher auf die Glossen zu der letzten Vorschrift (Jahrg. III S. 502 dieser „Beiträge") Bezug zu nehmen. Außerdem ist noch zu verweisen auf:

Hommel, Rhaps. IV. 520 („Non solum aedificare licet, sed omnia facere ad alterius aemulationem. — Quid inter vexam et aemulationem intersit?")

Gesterding, Lehre des Eigenthums S. 18.

Unger, System des österr. allgem. Privatr. B. 1 S. 616, 617.

Letzterer sagt hier:

Die Ausübung des Rechts ist von den Motiven, welche den Berechtigten bei der Ausübung leiten, in der Regel unabhängig. Die Ausübung innerhalb der gesetzlichen Schranken ist daher ungehindert, sollte sie auch Andern Nachtheil und dem Berechtigten selbst keinen Vortheil bringen, sollte das Motiv zur Geltendmachung des Rechts auch Schadenfreude oder Herzenshärte sein, oder sollte die dem Berechtigten nutzlose, dem Dritten schädliche Ausübung des Rechtes aus bloßer Chikane geschehen. Die einzelnen Ausnahmsfälle, in welchen das Gesetz die Ausübung eines Rechtes nicht zuläßt, wenn der Berechtigte bloß um seinem Gegner erweislich zu schaden dasselbe ausübt, dürfen nicht generalisirt werden.*)

---

§§ 29—31. 1. Der § 29 erinnert an den von älteren Naturrechtslehrern angenommenen Rechtssatz: quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id poteris compelli, den man mit Unrecht aus dem Aus-

*) In der Note 21 bemerkt **Unger**, daß die Bestimmung des § 255 Th. II des westgalicischen Gesetzbuches („Das Gesetz begünstigt weder Neid noch Schadenfreude") mit Recht in das österr. Gesetzb. von 1811 nicht übergegangen sei.

Digitized by Google

spruche des **Paulus** in l. 2 § 5 D. de aqua et aquae pl. a. (39, 3[1]) hergeleitet hat, und der so wenig gerechtfertigt erscheint als der beschränktere Satz:

> Was mir nöthig ist, um einen Schaden von meinem Eigenthume abzuwenden, Dir aber unschädlich ist, das bist Du zu leiden schuldig, wenn ich auch gleich deshalb auf Deinem Grunde und Boden etwas unternehmen müßte.

Vergl. dagegen **Weber**, natürliche Verbindlichkeit S. 105 f. und **Glück**, Comment. B. 1 S. 37—39.[2])

2. Im Uebrigen sind die §§ 29 f. nur von staatsrechtlicher Bedeutung. — Ueber das denselben zum Grunde liegende Prinzip spricht sich **Puchta**, Vorlesungen B. 1 S. 291 dahin aus:

> Das staatsrechtliche Eigenthum an dem Territorium und das Privateigenthum an demselben oder an Theilen desselben bestehen neben einander ungehindert, weil dieses Rechte sind, die auf ganz verschiedenen Gebieten liegen. Der Staat hat aber insofern ein Recht gegenüber dem Unterthan, als das Privateigenthum unter Umständen dem öffentlichen weichen muß. Auf diesen Conflict hat man die Lehre vom Ober-Eigenthum des Staats bei öffentlichen Interessen begründen wollen. Wäre dies richtig, so hätten wir ein doppeltes Eigenthum. Aber es ist dies nichts als eine falsche Theorie, welche ein öffentliches Recht in die Form eines Privatrechts bringt. In Wahrheit ist es umgekehrt; das Privatrecht ist nur durch das öffentliche Recht beschränkt.

Die staatsrechtlichen Beschränkungen des Eigenthums haben übrigens mit den privatrechtlichen insofern eine gemeinsame Natur, als sie, gleich diesen, in der zwiefachen Richtung sich wirksam zeigen, daß der Eigenthümer vermöge derselben entweder etwas zu dulden, oder etwas zu

---

1) ... opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est: haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamur.

2) **Unger** a. a. O. Note 21 a. E. bemerkt, die Bestimmung des westgalicischen Gesetzbuches (II § 255 „Duldungen und Unterlassungen, die Einem nützlich sind, ohne dem Andern schädlich zu sein, können ohne Servitut schon nach den natürlichen Rechten gefordert werden; wer sie auf geschehenes Ansuchen ohne Grund verweigert, muß von Rechtswegen dazu angehalten werden") sei mit Recht in das österr. Gesetzbuch von 1811 nicht aufgenommen worden.

Dasselbe enthält nur die rein staatsrechtliche Vorschrift § 364, wonach die Ausübung des Eigenthumsrechtes nur insofern Statt findet, als dadurch nicht . . . „die in den Gesetzen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles vorgeschriebenen Einschränkungen übertreten werden."

Digitized by Google

unterlassen, nicht aber zu einem positiven Thun, verpflichtet wird.[1]) — Nach diesem Grundsatze ist in einem Erkenntniß des Ober-Tribunals v. 21. Juni 1860 mit dem Appellationsrichter die Frage verneint worden:

Ist der Eigenthümer eines Grundstücks die Kosten der polizeilich nothwendig befundenen Beseitigung einer gesundheitsgefährlichen Beschaffenheit seines Grundstückes lediglich aus dem Grunde des Eigenthums zu tragen verbunden?

Entscheid. B. 43 S. 15—23.

Gesetzliche Einschränkungen zum Besten des gemeinen Wesens.

§§ 32—34.

1. Brinz, Lehrb. der Pand. § 52 S. 187 sagt:

Sehr verschieden von derjenigen Eigenthumsbeschränkung, welche kraft des Eigenthums stattfindet, ist eine andere, die sich trotz demselben einstellt, von Obrigkeits- oder Rechtswegen — gewissermaßen von außen her, nicht von innen; häufig der Nachbarschaft zu lieb, um die Schroffheiten der Theilung von Grund und Boden zu mildern (Nachbarrecht); nicht selten aber auch aus gemeinsameren Gründen.

2. Die §§ 33, 34 beruhen auf dem Prinzipe: Die an sich facultative Erhaltung und Benutzung des Privateigenthums wird aus höheren Gründen (des gemeinen Wohls) erzwingbar.[2])

Heydemann, Einl. in das Syst des Preuß. Civilr. B. I S. 412.

Bei Gebäuden. Pflichten des Eigenthümers wegen deren Unterhaltung und Wiederherstellung.

§ 35. Vergl.

Ulp. l. 41 D. de acq. rer. dom. (41, 1): Statuas in civitate positas civium non esse, id et Trebatius et Pegasus ajunt; dare tamen operam Praetorem oportere, ut, quod ea mente in publico positum esset, ne liceret privato auferre, nec ei, qui posuerit. Tuendi ergo cives erunt et adversus petentem exceptione, et actione adversus possidentem juvandi.

---

1) Böcking, Pandekten des röm. Privatrechts § 140 B. 2 S. 43 sagt: Auch die zufolge allgemeiner Rechtsvorschrift geltenden Beschränkungen des Eigenthumsrechts (nicht bloß „der Ausübung des Eigenthums," wie z. B. v. Scheurl, Instit. § 89 sagt) betreffen entweder dessen positive Seite oder die negative oder beide zugleich; bestehen, hierin den auf Privatwillen beruhenden dinglichen Rechten eines Nichteigenthümers gleich, nie in faciendo seitens des Eigenthümers; unterscheiden sich aber von diesen Rechten und namentlich auch den Servituten, durch die Unabhängigkeit ihrer Entstehung von dem Privatwillen.

2) § 2 J. de iis qui non al. p. (1, 8): . . . . Expedit enim reipublicae, ne quis sua re male utatur.

Digitized by Google

Paul. l. 2 D. de loco publ. fr. (43, 9): Concedi solet, ut imagines et statuae, quae ornamento reipublicae sint futurae, in publicum ponantur.

---

§§ 36—39. 1. Vergl.

Ulp. l. 20 § 10 D. de op. nov. nun. (39, 1): . . . pertinet ad decus urbium, aedificia non derelinqui.

Paul. l. 46 pr. D. de damn. inf. (39, 2): Ad curatoris reipublicae officium spectat, ut dirutae domus a dominis exstruantur. § 1. Domum sumtu publico exstructam, si dominus ad tempus pecuniam impensam cum usuris restituere noluerit, jure eam respublica distrahit.

Ulp. l. 7 D. de off. praes. (1, 18): Praeses provinciae inspectis aedificiis dominos eorum, causa cognita, reficere ea compellat, et adversus detrectantem competenti remedio deformitati auxilium ferat.

l. 2 C. de aedif. priv. (8, 10): Negotiandi causa aedificia demoliri, et marmora detrahere, edicto divi Vespasiani et senatusconsulto vetitum est . . . .[1])

Mevii Decis. VIII. 239: Inter curas magistratuum in urbibus non postrema est, providere, ne destructionibus aedificiorum publicus aspectus deformetur, et impellere cives, qui aedes suas neglectim non habeant. Ideo jus ipsis est, compellere cives, ut desolata reaedificent. Nec enim arbitrii civium aedes suas post ruinas convertere in hortum aliumve usum, sed ex magistratuum permissu id pendet. Quibus ubi visum fuit, necessariam esse reaedificationem, potest aut sub privatione loci istam adigere, aut, si per inopiam non liceat, ad venditionem in eos, quibus media suppetunt et aedificare volunt, compellere. Cujus justa ratio est, cum aut ex neglectu structurae publicus adspectus deformis est, aut vicinis grave incommodum, aut civitati dedecus et detrimentum.

2. „Die bloß privatrechtliche und nachbarliche Behandlung der cautio damni infecti nach Römischem Rechte hat einer zwar im jus publicum richtig begründeten, aber auf casuistischer Stufenleiter in der Wiederherstellung oder Wegschaffung eines verfallenen Gebäudes durchgeführten Auffassung Platz gemacht: § 37—59 d. T. (I. 20 § 258, 440; 21 § 54)“[2])

---

1) Vergl. Bachhofen: „Die Bestimmungen der römischen Kaiser über Erhaltung und Wiederherstellung der Privatgebäude in Rom und Italien“ (Ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts. Bonn 1848 S. 185 f.)

2) Auch dem Französ. Recht ist die cautio damni infecti unbekannt. Vergl. Zachariä von Lingenthal, Handbuch des Französ. Civilrechts § 448 (5. Aufl.) und Thilo, die Controversen des franz. Civilrechts S. 424.

Das Oesterr. allg. bürgerl. Gesetzbuch hat dagegen dieselbe mit Recht aufgenommen, indem der § 343 verordnet:

„Kann der Besitzer eines dinglichen Rechtes beweisen, daß ein bereits vorhandener fremder Bau oder eine andere fremde Sache dem Einsturze nahe sey, und ihm offenbarer Schaden drohe; so ist er befugt, gerichtlich auf Sicherstellung zu bringen, wenn anders die politische Behörde nicht bereits hinlänglich für die öffentliche Sicherheit gesorgt hat.“

Digitized by Google

Heydemann, Einl. in das Syst. des Preuß. Civilr. B. 1 S. 414.

3. In Betreff der Frage:

Ist die Vorschrift des § 37 d. T. geeignet, einen privatrechtlichen Anspruch gegen den Besitzer eines das Nachbarhaus gefährdenden Gebäudes auf Wiederherstellung zu begründen?

ist auf den im Jahrg. II S. 70—76 mitgetheilten Rechtsfall zu verweisen.

Vergl. auch v. Holzschuher, Theorie und Casuistik B. 2 Abth. 2 S. 991, 992.[1])

4. **Abgesehen von einer solchen Gefährdung des Nachbars steht diesem, in Ermangelung besonderer Rechtsgründe, nicht die Befugniß zu, die Erhaltung oder Wiederherstellung des anstoßenden Gebäudes zu verlangen.**

Gett, Praktische Erörterungen aus dem gesammten Gebiete der Rechtswissenschaft (1845) Nr. V S. 94—104 führt in dieser Hinsicht aus:

> Der Eigenthümer eines Gebäudes ist nach privatrechtlichen Beziehungen in seinem Verhältnisse zum Nachbar, sofern dieser nicht eine Servitut gegen ihn erworben hat, befugt, sein an des Nachbars anstoßendes Gebäude niederzureißen und den Platz leer zu lassen, selbst wenn dem Nachbar Schaden zuginge. — Aus dem Umstande, daß das niedergerissene Gebäude seit rechtsverjährter Zeit neben einem andern stand, kann kein Recht entstehen, die Fortdauer dieses Zustandes zu fordern und dem Eigenthümer die Verfügung über sein Eigenthum zu beschränken. Durch Verjährung, auf welche man sich als Rechtsgrund berufen könnte, kann ein solches jus prohibendi insolange nicht erworben werden, als nicht in rechtsgültiger Weise der Besitz dieses Rechtes erwiesen ist; es müßte daher ein früheres Verbot des Einreißens gegen den Eigenthümer erworben worden sein und dieser sich dabei beruhigt haben. Vergl. Code civil art. 2232.[2])

5. **Die Vernachlässigung der im öffentlichen Interesse dem Gebäudeeigenthümer im § 37 auferlegten Unterhaltungspflicht begründet unbedenklich einen privatrechtlichen Anspruch auf Ersatz des in Folge dessen einem Dritten entstandenen Schadens. Es folgt dies**

---

1) Nach Französ. Rechte wird ein solcher Anspruch nicht anerkannt. Wenn ein Gebäude den Einsturz droht, so hat der Nachbar kein Klagerecht, um den Eigenthümer zu nöthigen, es auszubessern oder neu aufbauen zu lassen. Domat L. 2. 8 sect. 3. Merlin, Repert. „Voisinage“ § 6. Duranton T. 7 nr. 508. Ist ein Haus baufällig, so kann der Eigenthümer von der Polizeibehörde angehalten werden, das Haus zu stützen oder auszubessern oder niederzureißen. Code de proc. art. 471 n. 5. Sirey XXV, II. 289. Rhein. Archiv XXIV. I. 148. XXVII. I. 137. (S. jedoch Sirey, L. I. 183.)
Zachariä von Lingenthal a. a. O. Thilo a. a. O.

2) Les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription.“

Digitized by Google

schon aus der speziellen Vorschrift des § 26 Tit. 6 Th. I A. L. R.: „Insonderheit muß der, welcher ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz vernachlässigt, für allen Schaden, welcher durch die Beobachtung des Gesetzes hätte vermieden werden können, ebenso haften, als wenn derselbe aus seiner Handlung unmittelbar entstanden wäre." [1])

Vergl. Hommel, Rhaps. VI obs. 705:

> . . . . tegulae vi ventorum dejectae si fenestras vicini fregerint, aut terrae motu turris eversa sit, nihil praestabo. Si autem culpa vel minima domini intercesserit, v. c. si admonitus non refecerit, desinit casus esse. In jure Lubecense libr. 4 tit. 3 art. 5 haec scripta reperio. „So jemand hätte alte Gebäude oder etwas anderes davon man sich Fallens und Schadens zu vermuthen, und der Besitzer deswegen verwarnet, dasselbige zu verändern und zu verbessern; würde er die Verbesserung nicht thun, und darüber einfallen, oder sonsten Schaden entstehen, den soll er gänzlichen zu erstatten und abzutragen schuldig sein. Würd er aber nicht verwarnet, so darf er zu den Schaden nicht antworten."

Der Code civil spricht eine solche Ersatzpflicht ausdrücklich aus:

> art. 1386. „Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction." [2])

6. Der Eigenthümer eines baufälligen Gebäudes, von der Obrigkeit zur Wiederherstellung aufgefordert, derelinquirt dasselbe. Ehe weitere Maßregeln getroffen werden, stürzt das Gebäude ein und verursacht dem Nachbar oder einem Dritten Schaden.

Ist der gewesene Eigenthümer für diesen Schaden verantwortlich?

Man wird diese Frage verneinen müssen. Denn die Pflicht zur Unterhaltung eines städtischen Gebäudes ist eine vom Gesetz an das Eigenthum geknüpfte Last, nicht aber eine dem Eigenthümer für seine Person auferlegte Verpflichtung. Sie berührt daher den Eigenthümer nicht mehr, sobald er aufhört, ein solcher zu sein, also sich der Sache entschlägt. [3])

---

1) Vergl. die Glossen zu dem angeführten § 26 im Jahrg. III S. 480, 481 dieser „Beiträge." Desgl. die Gründe des Plenarbeschlusses des Obertribunals vom 21. Juni 1847 (Entscheid. B. 14 S. 95 f.)

2) Vergl. Thibaut, Lehrbuch des franz. Civilr. S. 221.

3) Jenes polizeiliche Gebot zur gehörigen Instandhaltung der städtischen Gebäude trifft immer nur den Eigenthümer und wirkt daher nicht über die Dauer seines Eigenthums hinaus. Dasselbe ist zwar an die Stelle der prätorischen cautio damni infecti getreten, schafft jedoch nicht, gleich dieser, eine persönliche Haftung für den künftig entstehenden Schaden.

Digitized by Google

Vergl. Ulp. l. 7 § 2 D. de damn. inf. (39, 2): Unde quaeritur: si, antequam caveretur, aedes deciderint, neque dominus rudera velit egerere, eaque derelinquat, an sit aliqua adversus eum actio? Et Julianus consultus: si, priusquam damni infecti stipulatio interponeretur, aedes vitiosae corruissent, quid facere deberet is, in cujus aedes rudera decidissent, ut damnum sarciretur? respondit: si dominus aedium, quae ruerunt, vellet tollere, non aliter permittendum, quam ut omnia, id est, et quae inutilia essent, auferret; nec solum de futuro, sed et de praeterito damno cavere eum debere; quodsi dominus aedium, quae deciderunt, nihil faceret, interdictum reddendum ei, in cujus aedes rudera decidissent, per quod vicinus compelleretur aut tollere, aut totas aedes pro derelicto habere.

Anders läge der Fall, wenn der Schaden noch vor der Dereliction des Hauses eingetreten wäre. Denn alsdann könnte sich der Eigenthümer seiner bereits vollständig begründeten Ersatzverbindlichkeit durch die nachträgliche Entschlagung der Sache nicht wieder entziehen.

7. Der Eigenthümer eines Hauses vermiethet dasselbe mit der Bestimmung, daß der Miether sämmtliche Ausbesserungen aus eigenen Mitteln besorgen solle. Der Miether versäumt dieses und ein Dritter leidet durch die Baufälligkeit des Hauses Schaden.

Wer ist dafür verhaftet?

Dem Beschädigten gegenüber nur der Eigenthümer, weil diesem allein die Erhaltungspflicht gesetzlich obliegt, die vertragsmäßige Uebertragung dieser Pflicht auf einen Andern aber nur unter den Vertragsschließenden selbst Rechtsverhältnisse erzeugt.

Vergl. §§ 38, 39 Tit. 3 Th. I Allg. Land-Recht.

---

§§ 40—64. Diese in ein casuistisches Detail eingehenden Vorschriften rein reglementarischer Natur bieten für unsere Glossen keinen Stoff. Es mögen daher nur einige Bemerkungen hier ihre Stelle finden.

1. Körner, das unbewegl. Eigenthum nach preuß. Recht S. 189 behauptet, daß die wegen Baufälligkeit von der Obrigkeit in Antrag zu bringende Subhastation von Gebäuden nach den Vorschriften über freiwillige Subhastationen geschehe. Mit Recht erklärt jedoch Koch in seiner Rezension der gedachten Schrift (Schneider's N. Krit. Jahrbücher 1844 S. 228) diese Ansicht für unrichtig und will eine solche Subhastation ganz eigentlich nach Form und Wirkung in jeder Hinsicht als eine nothwendige betrachtet wissen.

2. Zu § 43 bemerkt Koch, Recht der Ford. B. 3 S. 104 Note 6:

Ob die Gefahr dringend gewesen, darüber steht dem Richter kein Urtheil zu. Daher wollte ganz mit Unrecht ein Gericht in einem Falle, wo nach Einschreitung der Obrigkeit ein Realgläubiger Subhastation ausgebracht

Digitized by Google

hatte, und bei der Kaufgelderbelegung der Magistrat die zur Abwendung von Gefahr an dem Gebäude verwendeten Kosten vorweg verlangte, den Einwand der Gläubiger, daß die Gefahr nicht dringend gewesen, für erheblich halten und den Beweis aufnehmen.

3. Der durch den inzwischen erfolgten Einsturz des zum öffentlichen Verkaufe gestellten Hauses einem Dritten erwachsene Schadensbetrag ist nicht, gleich dem von der Obrigkeit etwa „zur Abwendung dringender Gefahr" gemachten Aufwandes, von dem Kaufgelde vorweg abzuziehen. Denn das Gesetz hat dem Beschädigten ein solches Vorrecht vor den Hypothekengläubigern, das aus der Natur seines Anspruches, als einer bloßen Entschädigungsforderung, nicht zu folgern ist, nirgends eingeräumt.

Anders nach römischem Recht, welches dem Pfandgläubiger gegen denjenigen, der wegen verweigerter cautio damni infecti in den Besitz eingewiesen war, die Geltendmachung seines Pfandrechts versagte.

Ulp. l. 15 § 25 D. de damno inf. (39, 2): Item quaeritur in pignoraticio creditore: an pignoris persecutio denegetur adversus eum, qui jussus sit possidere? Et magis est, ut, si neque debitor repromisit, neque creditor satisdedit, pignoris persecutio denegetur. Quod et in fructuario recte Celsus scribit.

Einschränkungen des Eigenthums bei dem Bauen.

§ 65.

Ulp. l. 61 D. de R. I.: Domum suam reficere unicuique licet, dum non officiat invito alteri, in quo jus non habet.

1. „Das **Baurecht** einer Person bildet die Befugniß, Gebäude auf eigenem, fremden oder gemeinschaftlichen Grund und Boden bauen, verbessern und überhaupt verändern zu dürfen.

Der Inbegriff aller Rechte und Verbindlichkeiten in Bauangelegenheiten bildet das **Baurecht** als Wissenschaft betrachtet, dessen Quellen Verträge, Observanzen und Gesetze sind.*) Unter den letzteren

---

*) **Richter**, die Königl. Preußischen Gesetze und Verordnungen über das Bauwesen in alphabetischer Ordnung. Leipzig, 1835 (sehr vollständig). Zugleich als 6. Band des Repertoriums der K. Preuß. Landesgesetze.

L. **Jäschke**, die Preußischen Baupolizeigesetze und Verordnungen, ein Handbuch. Berlin 1840.

v. **Rönne**, die Baupolizei des Preuß. Staates; eine systematisch geordnete Sammlung aller auf dasselbe Bezug habenden gesetzl. Bestimmungen, insbesondere in der Ges.-Samml. für die Preuß. Staaten, in den v. Kamptz'schen Annalen für die innere Staatsverwaltung und in deren Fortsetzung durch die Ministerialblätter enthaltenen Verordnungen und Rescripte, in ihrem or-

Digitized by Google

nehmen die Bauordnungen, Baureglements*) einen vorzüglichen Platz ein."

Buddeus in Weiske's Rechtslexicon B. 4 S. 450 f.

2. „Der Natur der Verjährung gemäß begründet der Umstand, daß an einer Stelle während der Verjährungszeit gar kein oder nur ein Gebäude gewisser Art gestanden hat, nicht die Folgerung, daß der Eigenthümer entweder gar nicht oder nur in dem zeitherigen Maaße bauen dürfe, sondern dazu berechtigen nur eine von dem Eigenthümer versuchte Veränderung des zeitherigen Bauzustandes, Widerspruch dessen, der dieß nicht leiden will, und Beruhigung des Eigenthümers hierbei während der Verjährungszeit."

Ebendas. S. 452.

---

§ 66.

Ulp. l. 3 § 4 D. de oper. nov. nunc. (39, 1): Si in publico aliquid fiat, omnes cives opus novum nuntiare possunt. Paul. l. 4 eod.: Nam reipublicae interest, quam plurimos ad defendendam suam causam admitti.

Ulp. l. 2 § 17 D. ne quid in loco publ. (43, 8): Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, ne ruinis urbs deformetur, quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium. Si tamen obstet id aedificium publico usui, utique is, qui operibus publicis procurat, debebit id deponere, aut si non obstet, solarium ei imponere; vectigal enim hoc sic appellatur, solarium ex eo, quod pro solo pendatur.

---

§ 72.

Julian. l. 7 D. ne quid in loc. publ. (43, 8): . . . . qui adversus edictum Praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet, alioquin inane et lusorium Praetoris imperium erit.

---

ganischen Zusammenhange mit der früheren Gesetzgebung, dargestellt unter Benutzung der Ministerial-Archive. Breslau 1854.

Poppe, die Baugesetze des K. Sachsen, vollständiges Repertorium aller älteren und neueren Gesetze 2c. in Bezug auf das Bauwesen in Sachsen. Leipzig 1841.

J. A. Seuffert, das Baurecht, die Reallasten und das Näherrecht nach bayerischen Gesetzen 2c. Würzburg 1816.

Nilson, Baurechtslehre, in vorzüglicher Beziehung auf die im K. Bayern geltenden Baupolizeigesetze. Augsburg 1828.

Richter, die württembergische Baupolizei. Tübingen 1834.

*) In Betreff Preußens vergl. Heydemann, Einleitung in das System des Preuß. Civilr. B. 1 S. 413 Note 878.

Digitized by Google

§ 73. **Eine Anwendung des hier aufgestellten Satzes auf Eisenbahnübergänge enthält ein Erkenntniß des Ob. H. G. zu Mannheim von 1849.**

An einem Eisenbahnübergang ragte eine Uebergangsschiene gegen die Regeln der Eisenbahnbaukunst zwei Linien über ihre Unterlage heraus und in die Spurweite hinein. Diese fehlerhafte Einrichtung führte einen Unfall herbei, indem das Pferd des Klägers mit einem Fuße an dem hervorstehenden Schienentheile hängen blieb und dadurch einen Beinbruch erlitt. Auch nur bei einiger Aufmerksamkeit und Ueberlegung konnte und mußte vorausgesehen werden, daß eine solche Vorrichtung auf einem Uebergange, der nicht nur Menschen, sondern auch Thieren, namentlich den beschlagenen Pferden zum Wege dienen soll, wenigstens letztere sehr leicht zu Schaden bringen kann. Demnach erscheint die Anbringung einer Vorrichtung der bezeichneten Art auf einem Eisenbahnübergange als eine Nachlässigkeit, welche eine Entschädigungspflicht begründet. — Diese Nachlässigkeit fällt dem Fiskus zur Last, da solcher die Eisenbahn erbaut, in Selbstbetrieb genommen und namentlich auch die hergestellten Uebergänge dem allgemeinen Gebrauche überlassen hat. Es lag daher in seiner Pflicht, vorerst die Arbeiten untersuchen und solche schadendrohende Vorrichtungen beseitigen zu lassen.

Matthiä, Controversen-Lexicon Th. 1 S. 93.

---

§§ 74. 75.

§ 1. J. de obl. quasi ex del. (4, 5): Item is, ex cujus coenaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitabat, dejectum effusumve aliquid est ita, ut alicui noceretur, quasi ex maleficio obligatus intelligitur . . . Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere; quo casu poena decem aureorum constituta est . . .

Ulp. l. 1 § 2 D. de his qui effud. (9, 3): Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit, an vero privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, quia iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur; semper enim ea loca, per quae vulgo iter solet fieri, eandem securitatem debent habere . . .

Ulp. l. 5 § 6 eod.: Praetor ait: „ne quis in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet, inve quo consistetur, id positum habeat, cujus casus nocere cui possit. Qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum judicium dabo." . . . § 11. Praetor ait: „cujus casus nocere cui possit." Ex his verbis manifestatur, non omne, quidquid positum est, sed quidquid sic positum est, ut nocere possit, hoc solum prospicere Praetorem, ne possit nocere; nec spectamus, ut noceat, sed omnino, si nocere possit, edicto locus fit. Coërcetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id, quod positum erat, sive non nocuit.

---

§§ 78. 79.

Paul. l. 1 D. ne quid in loco publ. (43, 8): In loco publico Praetor prohibet aedificare, et interdictum proponit.

Digitized by Google

Ulp. l. 2 § 2 eod.: Et tam publicis utilitatibus, quam privatorum per hoc prospicitur. Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi propria cujusque, et tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet. Propter quod si quod forte opus in publico fiet, quod ad privati damnum redundet, prohibitorio interdicto potest conveniri, propterque in rem hoc interdictum propositum est.

Ulp. l. 2 § 20 eod.: Ait Praetor: „in via publica itinereve publico facere, immittere quid, quo ea via idve iter deterius sit, fiat, veto." § 25. Si viae publicae exemtus commeatus sit, vel via coarctata, interveniunt magistratus. § 32. Deteriorem autem viam fieri sic accipiendum est, si usus ejus ad commeandum corrumpatur, hoc est ad eundum vel agendum, ut quum plana fuerit, clivosa fiat, vel ex molli aspera, aut angustior ex latiore, aut palustris ex sicca. § 35. Praetor ait: „quod in via publica itinereve publico factum, immissum habes, quo ea via, idve iter deterius sit, fiat, restituas."

Mevii Decis. I. 82: Cum ad publicum aspectum pertinet, tum etiam ad jus vicinorum, ne quis latius aedificet, quam juxta solitum ordinem antiquitus definitum; praesertim si quis aliquid publicae plateae occupare nititur, quae inter res universitatis numeratur, nec in ea fieri a quoquam potest, quod usum communem tollat aut impediat.

Vergl. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon B. 5 S. 591—596.

---

§ 80. Vergl. Freiberger Statut (Walch, Beitr. 3, 179):

Ein jeglicher mann, der haus und hof hat, der hat gewalt und friede, als ferne seine traufe fället, daß da niemand gehen noch gefahren mag wider seinen willen.

Kraut, Grundriß § 133 Nr. 9.

---

§ 81. Vergl.

Papinian. l. 1 § 4 D. de via publ. et si quid in ea fact. (43, 10): Studeant autem (Aediles), ut ante officinas nihil projectum sit vel propositum, praeterquam si fullo vestimenta siccet, aut faber currus exterius ponat; ponant autem et hi, ut non prohibeant vehiculum ire.

Bobrik, Ueber die rechtliche Natur des sog. Bürgersteiges, mit besonderer Rücksicht auf die Bauwerke, welche von Privaten auf dem Bürgersteige errichtet werden; ein zur Erklärung der Vorschriften des A. L. R. Th. I Tit. 8 §§ 78—82 dienender Rechtsfall (in dessen Zeitschrift für Theorie u. Praxis des Preuß. Rechts. B. 1 S. 188—234).

Ist die Polizeibehörde befugt, Bauwerke, welche den Bürgersteig verengen, wegzunehmen? Abhandl. in der Jur. Zeitg. 1835 S. 272 f.

Heydemann, Einleitung in das Syst. des Preuß. Civilr. B. 1 S. 415, 416.

Digitized by Google

Bei Wäldern.

§§ 83—95. Vergl. Stieglitz, geschichtliche Darstellung der Eigenthumsverhältnisse an Wald und Jagd in Deutschland von den ältesten Zeiten bis zur Ausbildung der Landeshoheit. Leipzig 1832.

v. Gerber, System des deutsch. Privatrechts § 6, bemerkt:

Obschon an sich das Privateigenthum an Waldungen sich von dem Eigenthum an andern Gegenständen nicht unterscheidet, so ist doch die Ausübung jenes eine vielfach beschränktere, indem hier die bei der Ausübung aller Privatrechte möglicher Weise wirksame Polizeigewalt des Staats wegen des ganz besonderen Interesses der Waldungen für das Gemeinwohl in nachdrücklicher Einwirkung hervortritt. Diese Einwirkung kann theils gesetzlich bestimmt sein, theils durch die Verhältnisse des einzelnen Falles veranlaßt werden.

Jene Vorschriften des A. L. R. sind übrigens durch das Edict zur Beförderung der Land-Cultur vom 14. Sept. 1811 aufgehoben worden.

Bei Gräben und Wasserleitungen.

§ 96. Ulp. l. 10 § 2 D. de aqua (39, 3): Si flumen navigabile sit, non oportere Praetorem concedere, ductionem ex eo fieri, Labeo ait, quae flumen minus navigabile efficiat. Idemque est, et si per hoc aliud flumen fiat navigabile.

Pompon. l. 2 D. de flumin. (43, 12): Quo minus ex publico flumine ducatur aqua, nihil impedit, nisi Imperator aut Senatus vetet, si modo ea aqua in usu publico non erit, sed si aut navigabile est, aut ex eo aliud navigabile fit, non permittitur id facere.

Die Vorschrift des § 96 d. T. findet sich wiederholt im § 46 Tit. 15 Th. II A. L. R.:

„Wasserleitungen dürfen aus öffentlichen Strömen ohne besondere Erlaubniß des Staats nicht geführt, noch Wasch- oder Badehäuser daran, ohne dergleichen Erlaubniß, angelegt werden."

---

§ 97. Ulp. l. 1 pr. D. de flumin. (43, 12): Ait Praetor: „ne quid in flumine publico ripave ejus facias, ne quid in flumine publico neve in ripa ejus immittas, quo statio iterve navigio deterior sit, fiat."

Scaevola l. 4 eod.: Quaesitum est, an is, qui in utraque ripa fluminis publici domus habeat, pontem privati juris facere potest. Respondit: non posse.

§ 52 Tit. 15 Th. II A. L. R.: „Neue Brücken über öffentliche Ströme darf Niemand, auch auf eignen Grund und Boden, ohne besondere Erlaubniß des Staats anlegen."

§ 413 des Oesterr. allg. bürg. Gesetzbuches: „... niemand darf solche Werke oder Pflanzungen anlegen, die den ordentlichen Lauf des Flusses verändern, oder die der Schiffahrt, den Mühlen, der Fischerey oder anderen fremden Rechten nachtheilig werden könnten. Ueberhaupt können ähnliche Anlagen nur mit Erlaubniß der politischen Behörde gemacht werden."

Digitized by Google

Literatur.

1.

Die Nichtigkeitsbeschwerde als das alleinige Rechtsmittel höchster Instanz mit besonderer Beziehung auf die **Preußische Prozeß-Gesetzgebung** von Dr. Waldeck, Ober-Tribunalsrath. Berlin, Verlag von J. Guttentag. 1861. 183 S.

Die in neuerer Zeit in den Vordergrund getretene Frage der Zivilgerichtsprozedur in letzter Instanz, nach ihrer Natur und Bedeutung, nach ihrem Umfang und ihren Grenzen — welche für Preußen zunächst durch die im vorigen Jahre veröffentlichten Ministerial-Entwürfe eines Gesetzes über das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde (Justiz-Ministerial-Blatt von 1860 S. 182 und 437) zum offiziellen Ausdruck gekommen, deren Inhalt und Bedeutung aber nach dem Stande aller Verhältnisse sich nicht mehr in die partikulären Grenzen unseres Staats einengen lassen wird, sondern sofort einen erweiterten Gesichtspunkt in Anspruch nimmt, und zu der allgemeinen deutschen Rechtspflege in Beziehung tritt, — konnte keinen gewichtigeren und dankenswertheren Beitrag gewinnen, als durch die in diesem Jahre bei Guttentag in Berlin erschienene Abhandlung des Ober-Tribunals-Raths Dr. Waldeck, betitelt: Die Nichtigkeitsbeschwerde, als das alleinige Rechtsmittel höchster Instanz, mit besonderer Beziehung auf die Preußische Prozeß-Gesetzgebung.

Der Herr Verfasser hat dieses wichtige und schwierige Thema mit seiner bekannten Geistesschärfe und umfassenden Rechtskenntnis, mit seiner reichen Erfahrung und vorurteilsfreien Anschauung erörtert. Er hat mit dem ihm eignen praktischen Takt die in Betracht kommenden allgemeinen Gesichtspunkte und Prinzipienfragen, in der dem Umfange seiner Schrift entsprechenden Kürze, überall in treffender und schlagender Weise beleuchtet und besprochen, und die dadurch gewonnenen Resultate, auf die gegebenen Verhältnisse der preußischen Rechtspflege anwendend, sofort zu einem vollständigen Gesetzentwurf verarbeitet.

Ohne ein hier nicht angebrachtes näheres Eingehen auf die Detailbestimmungen dieses Gesetzentwurfs, wird es, zur Beleuchtung des Standpunktes des Herrn Verfassers und zur Karakterisirung des reichhaltigen und gewichtigen Inhalts des Werkes, genügen auf einige Hauptmomente und leitende Gesichtspunkte des letzteren hinzuweisen.

Anknüpfend an die geschichtliche Entstehung und Gestaltung unseres höchsten Gerichtshofes, an seine Kompetenz für das ursprünglich alleinige Rechtsmittel der Revision und für das seit 1833 hinzugetretene Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde (§ 1), und unter Aufzälung der diese Rechtsmittel und die Prozedur des höchsten Gerichtshofes betreffenden neueren Spezialgesetze in dem Zeitraum von 1833 bis 1855 (§ 2), weist der Herr Verfasser zunächst auf die Opportunität eines neuen vollständigen Prozedurgesetzes für den höchsten Gerichtshof hin.

Es ist ihm auch gewiß darin beizupflichten, daß während das Prozedur-Verfahren I. und II. Instanz in den organischen Gesetzen vom 1. Juni 1833 und 21. Juli 1846 nebst der neuen Konkursordnung einen besonderen Abschluß gewonnen, und während das Verfahren der letzten Instanz mit der Verordnung vom 14. Dezember 1833 anfangend, einmal durch eine Reihe von Spezialgesetzen, abgesondert von dem Verfahren der beiden ersten Instanzen, vielfach und wesentlich modifizirt worden, kein Bedenken obwalten kann, diese Spezialgesetzgebung für das Verfahren

Digitized by Google

der letzten Instanz einer durch das Bedürfnis dringend gebotenen Revision zu unterwerfen und die verschiedenen Spezialgesetze zu einem in sich vollständigen Prozedurgesetz für die letzte Instanz umzuarbeiten, ohne eine solche an sich nothwendige Maßregel bis zu einer Kodifikation der ganzen Prozeßordnung auszusetzen.

Dies erscheint um so zweckmäßiger, seitdem man zu dem an sich erfreulichen Standpunkt gelangt zu sein scheint, bei einer solchen Kodifikation einer vollständigen Prozeßordnung nicht mehr allein die preußische Partikulargesetzgebung sondern eine gemeinsame deutsche Gesetzgebung ins Auge zu fassen. Denn wenn hiermit nothwendig das Endziel einer vollständigen neuen Prozeßordnung in einen etwas ferneren Zeitpunkt zurücktritt, so erscheint es einer Seits nicht gerathen, das anerkannte Bedürfnis einer Revision und Verbesserung des preußischen Prozedurverfahrens letzter Instanz unbefriedigt zu lassen, anderer Seits kann es auch für die allgemeine deutsche Prozeßgesetzgebung nur erwünscht sein, derselben ein Prozedurverfahren letzter Instanz als Muster empfehlen zu können, welches in einem deutschen Staate von der Ausdehnung Preußens sich bereits praktisch bewährt hat.

Indem der Herr Verfasser dann an die Konstruirung des Rechtsmittels höchster Instanz herantritt (§ 4) und hierbei die Vorfrage aufwirft: ob dieses Rechtsmittel noch ferner wie bisher ein zwiespältiges, nämlich das der Revision und der Nichtigkeitsbeschwerde, oder ob es ein einheitliches, nämlich das der Revision oder das der Kassation sein soll? beantwortet er diese Frage, wie solches der Titel des Werkes schon andeutet, dahin:

> daß die Nichtigkeitsbeschwerde (Kassation) das alleinige Rechtsmittel höchster Instanz sein muß.

Um die Entscheidung zwischen der Alternative der Revision oder der Kassation zu treffen, bemerkt der Herr Verfasser (S. 22), muß man sich zuvörderst klar machen, was ein höchster Gerichtshof für ein Land von dem Umfange, der Bevölkerung und Bedeutung wie Preußen ist, leisten soll und was derselbe leisten kann.

Indem derselbe dann zu dem Ergebnis gelangt, daß diese Leistung nur durch das Rechtsmittel der Kassation zu ermöglichen; indem er darauf hinweist, daß Frankreich die Idee eines Kassationshofes von 1790 an durch alle Verfassungen und Legislationen, mochten sie politisch noch so diametral verschieden sein, beibehalten bis auf den heutigen Tag; daß andere zivilisirte Staaten Europa's, die sich eine gute Justiz-Organisation gegeben, z. B. Holland, Belgien, Sardinien, Spanien, diesem Beispiele gefolgt sind, das in England längst Geltung hatte, indem er später (S. 40) hinzusetzt, daß auch deutsche Staaten, z. B. Hannover, Oldenburg, Braunschweig, ohne Bedenken die Nichtigkeitsbeschwerde als das alleinige Rechtsmittel letzter Instanz hingestellt haben, was sie für unsere Rheinprovinz längst war, — und daß auch Oesterreich in seinem Diplom einen Kassationshof in Aussicht stellt — erklärt er sich auch hinsichtlich Preußens (S. 34):

> für gänzliche Abschaffung der Revision.

Wird man dem Herrn Verfasser hierin beipflichten müssen, selbst insoweit man nur ein Prozedurgesetz für die letzte Instanz innerhalb Preußens im Auge hat, so fällt noch außerdem die Rücksicht auf das übrige Deutschland ins Gewicht.

Wenn Preußen als der größte deutsche Staat dem gesammten Deutschland einen gemeinsamen höchsten Gerichtshof für die letzte Instanz vorschlagen will, so kann und wird dieses niemals ein anderer als ein Kassationshof sein. Denn wenn, abgesehen von der höheren Bedeutung eines solchen Kassationshofes für die einheitliche

Digitized by Google

Rechtsentwickelung, das Festhalten der Revision, d. h. eines letzten Rechtsmittels, verbunden mit der Prüfung des Faktums in allen seinen individuellen und zufälligen Bestandteilen und mit der detaillirten Würdigung und Abwägung der Beweismittel, schon in einem Staate von dem Umfange Preußens an der Unmöglichkeit der praktischen Ausführung scheitern würde, wie sollte es möglich sein, einen gemeinsamen Gerichtshof für ganz Deutschland hinzustellen, welcher die riesenhafte Aufgabe hätte, alle an denselben in letzter Instanz gelangenden Prozesse nach den Grundsätzen des Rechtsmittels der Revision abzuwickeln.

Das ehemalige deutsche Reichskammergericht, obgleich die damaligen Umstände, sowohl hinsichtlich der Zal der Sachen als hinsichtlich der minderen Verwickelung der Verhältnisse, der Ausführung weniger ungünstig, steht in dieser Beziehung als ein warnendes Beispiel in der deutschen Geschichte da!

Treffend bemerkt übrigens der Herr Verfasser (S. 21), daß es dem guten Geschmacke nicht sehr entsprechend, wenn, nachdem fast alle gebildeten Länder des Kontinents, Preußen selbst mit einbegriffen, das öffentlich-mündliche Verfahren mit der Kassation von Frankreich entlehnt haben, ein Pseudo-Patriotismus, ein gar nicht existirendes „Deutschthum" des alten schriftlichen Prozesses ausgebeutet wird!

Endlich erwähnt der Herr Verfasser (S. 39) mit Recht, daß wenn die Vorliebe für die Revision Einige dahin geführt habe, zur Erhaltung der übrig gebliebenen Trümmer dieses Rechtsmittels, die drei Instanzen der deutschen Bundesakte anzurufen (Art. 12), dieses Recht auf die Revision sehr illusorisch sein würde, wenn dasselbe auf die wenigen Fälle beschränkt werden dürfte, in denen jetzt bei uns noch Revision gilt. — Es möchte übrigens auch schwer nachzuweisen sein, daß die deutsche Bundesakte bei dem garantirten dritten Rechtsmittel die Revision und nicht die Kassation im Auge gehabt habe. (Vergl. die Motive zu dem revidirten Ministerial-Entwurf S. 448 des Justiz-Ministerial-Blatts von 1860.)

Nachdem hiermit die Vorfrage zu Gunsten der Nichtigkeitsbeschwerde als des alleinigen Rechtsmittels letzter Instanz erledigt, geht der Herr Verfasser in die nähere Erörterung über das Rechtsmittel selbst über, und zwar in der natürlichen Unterscheidung:

I. der Begründung der Nichtigkeitsbeschwerde,
II. der Wirkung derselben.

I. Hinsichtlich der Begründung an die bei uns einmal gegebenen drei Positionen anküpfend, wonach dieselbe beruht:

1. auf Angriffen wegen Verletzung materieller Rechtsgrundsätze,
2. auf Angriffen wegen Verletzung von Prozeßgesetzen,
3. auf Angriffen wegen mangelhafter thatsächlicher Würdigungen,

erklärt der Herr Verfasser sich zunächst gegen die Zulässigkeit dieses letzteren Angriffs; und wenn man seine diesfälligen Ausführungen mit denen in den Motiven zu dem ersten Ministerial-Entwurf (Justiz-Ministerial-Blatt von 1860 S. 193 und 200) verbindet, so möchte diese Frage hierdurch erledigt sein.

In Betreff der Begründung des ersten Angriffs wegen Verletzung materieller Rechtsgrundsätze schließt der Herr Verfasser sich im Wesentlichen dem zur Zeit geltenden Rechte an, nur möchte er dieses Angriffsmittel eines beengenden Formalismus durch Beseitigung des § 23 des Gesetzes vom 21. Juli 1846 und des Artikels 8 der Deklaration vom 6. April 1839 entkleiden (S. 57), und auch in dieser Beziehung steht ihm der Ministerial-Entwurf S. 191 des Justiz-Ministerial-Blatts von 1860 zur Seite.

Digitized by Google

Was dagegen den zweiten Angriff wegen Verletzung von Prozeßgesetzen anbelangt, so erklärt der Herr Verfasser diese Frage vorweg und wohl mit Grund zu den schwierigsten Problemen der Prozeßgesetzgebung (S. 9); und hier befindet derselbe sich auch keineswegs in Uebereinstimmung mit den Ministerial-Entwürfen. Denn während dieselben zu den Rechtsgrundsätzen, wegen deren Verletzung die Nichtigkeitsbeschwerde statthaft sein soll, ganz allgemein auch Rechtsgrundsätze des Prozeßrechts zälen, hält der Herr Verfasser auch hier an dem bestehenden Rechtszustande der Spezialisirung bestimmter Nichtigkeitsgründe fest (S. 72).

Er verkennt nicht, daß eine große Einfachheit in der Fassung — und in gewisser Beziehung auch in der Sache — den Vorschlag des Ministerial-Entwurfs, der aller weiteren Spezialisirung überheben würde, empfiehlt. Aber er befürchtet, daß bei dem Zustande unserer Prozeßgesetzgebung, die eine so große Zal blos instruktiver Vorschriften enthält, eine so allgemeine Norm ihr Regulativ nur vermöge einer Praxis erlangen würde, welche das Schwankende der jetzigen Unterscheidungs-Weise nur auf ein anderes Terrain verlegen, und dagegen die Zal der Nichtigkeits-Beschwerden so sehr vermehren dürfte, daß dadurch das Ziel, faktische Würdigungen auszuschließen, völlig verfehlt werden könnte. Der Nichtigkeitsrichter würde oft, bei den eben auf die Würdigung des Fakti sich beziehenden Prozeßregeln, sich nothwendig erst auf den Standpunkt der ganz freien Beurteilung des Sach- und Rechtsverhältnisses stellen müssen, um zu dem richtigen Resultate zu gelangen, und damit der Vorteil und der Zweck des Rechtsmittels verloren gehen. —

Man kann hinzufügen, daß wenn der Grund des Uebels hierbei lediglich in dem Zustande unserer Prozeßgesetzgebung läge, diesem durch eine Verbesserung und Vereinfachung derselben abzuhelfen sein würde. Allein der Grund liegt grade in der durchaus positiven Natur des Prozeßrechts an sich und mithin jeder Prozeßordnung, als eines Aggregats einzelner positiver Bestimmungen, welche auf Erfahrung und Zweckmäßigkeit beruhen, aber nicht, wie die Bestimmungen des materiellen Rechts, auf eine Reihe gewisser allgemeiner Grundsätze und auf einen letzten Grund zurückzuführen sind. Der Prozeßrichter hat nicht sowohl nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als nach bestimmten Prozeßvorschriften zu verfahren, und man kann daher in Beziehung auf das Prozeßverfahren nicht eigentlich von Verletzung allgemeiner Rechtsgrundsätze sondern nur von Verletzung gewisser positiver Bestimmungen und Vorschriften sprechen. Nur wenn ein Urteil gegen solche bestimmten Prozeßvorschriften verstößt, kann es der dieserhalb angedrohten Vernichtung unterliegen.

Allerdings wird es seine praktischen Schwierigkeiten haben, jedem denkbaren Verstoß im Prozeßverfahren mit einem vorher spezialisirten Nichtigkeitsgrunde zu begegnen, vielmehr wird jede Aufzälung derartiger spezieller Nichtigkeitsgründe unvollständig bleiben. Allein diese Schwierigkeit beweist nichts für die Richtigkeit des entgegengesetzten Grundsatzes.

Der allgemeine Grundsatz der Anfechtbarkeit eines Urteils wegen Verletzung des Prozeßrechts, verbunden mit dem unten zu besprechenden Grundsatz der Wirkung der ausgesprochenen Vernichtung dahin: daß der Appellationsrichter bei der anderweitigen Verhandlung und Entscheidung der Sache nach den durch das Erkenntnis des Ober-Tribunals festgestellten Rechtsgrundsätzen und Normen sich zu achten habe, würde die Selbstständigkeit der Instanz-Gerichte tief erschüttern. Es würde die Rechtsentwickelung, es würde den ganzen Schwerpunkt der Rechtspflege allein in das Ober-Tribunal legen. Die Instanzrichter würden die Normen ihres Verfahrens

Digitized by Google

nicht mehr in den Vorschriften der Prozeßordnung zu finden, sondern darin zu suchen haben, wie das Ober-Tribunal diese Vorschriften auslegt.

Man würde zu der Frage berechtigt sein, inwiefern man sich noch auf dem Boden unserer Verfassung befände, nach deren Artikel 86 der Richter keiner anderen Autorität als der des Gesetzes unterworfen?

Denn wollte man entgegnen, zu diesen Gesetzen gehöre auch das Gesetz, daß der Instanzrichter in der angegebenen Weise der von dem Ober-Tribunal festgestellten Rechtsnorm in der vorliegenden Sache unterworfen sei, weil in dieser Feststellung der wahre Sinn des Gesetzes erkennbar, so würde sich eben fragen, inwiefern dies mit den Worten und dem Geiste der Verfassung vereinbar, weil der Richter hiernach überall und bei jeder Rechtsprechung keiner anderen Autorität als der des Gesetzes selbst, also auch nicht der Autorität eines anderen Richters über die Auslegung des Sinnes eines Gesetzes unterworfen sein soll.

II. Hinsichtlich der Wirkung der ausgesprochenen Vernichtung erörtert der Herr Verfasser die beiden Punkte:

1. daß diese Vernichtung als Richtschnur dient für die weitere Entscheidung, die demselben Appellationsrichter obliegt (§ 26).
2. daß das Ober-Tribunal keine Entscheidung in der Sache selbst trifft (§ 27).

Der erste Punkt ist teilweise schon vorstehend besprochen. Der Herr Verfasser will die bindende Natur der Nichtigkeitsentscheidung gleichsam als eine judikatmäßige Entscheidung erklären. Allein hiergegen läßt sich erinnern, daß die vis iudicati nur die nochmalige Iudicatur derselben Sache ausschließt, aber keinen Richter zwingt, dieselbe Sache anders als nach seiner, nur durch die Autorität des Gesetzes bestimmten Ueberzeugung zu entscheiden.

Von der Schwierigkeit und Bedenklichkeit dieser Frage zeugt der von dem Herrn Verfasser angedeutete Gang, den die französische Gesetzgebung zur Lösung derselben verfolgt hat.

Ausgehend von dem Grundsatz, daß der Ausspruch des Kassationshofes den Appellationsrichter nicht binde, erging das Gesetz vom 16. September 1807, wonach, wenn der Kassationshof zweimal kassirt hatte, eine gesetzliche Interpretation, eine Deklaration durch kaiserliches Dekret nachgesucht werden mußte. Unter der konstitutionellen Regierung erging dann ein Gesetz vom 30. Juli 1828, wonach der Kassationshof sein zweites Urteil in Pleno erlassen, und falls er kassiren sollte, die Sache an einen Appellhof zurückweisen mußte, welcher ebenfalls in Pleno zu erkennen hatte. Die von diesem erlassene Entscheidung konnte dann nicht mehr durch Kassations-Rekurs angegriffen werden. Es sollten aber die nöthigen Schritte wegen Erlassung einer Deklaration gethan werden. Indem auf diese Weise der Kassationshof seine Stellung als Mittelpunkt der Rechtsprechung verloren, sollte ihm dieselbe nach dem Gesetz vom 1. April 1837 dadurch wiedergegeben werden, daß wenn die Sache zum zweiten Male an den Kassationshof gekommen, die definitive Entscheidung der Rechtsfrage ihm beigelegt wurde, welcher Entscheidung der Appellhof sich zu unterwerfen hatte. —

Ob also nicht der Selbstständigkeit des Appellationsrichters mindestens insoweit Rechnung zu tragen und ob es nicht im Interesse der Rechtsprechung liegen möchte, die Sache nach der Vernichtung des Appellationsurteils an ein anderes Appellationsgericht oder doch an einen anderen Senat desselben Appellationsgerichts zur nochmaligen Aburteilung zu verweisen, dürfte die Frage sein.

Digitized by Google

Hinsichtlich des zweiten Punktes aber, daß das Ober-Tribunal niemals in der Sache selbst zu erkennen habe, wird man dem Herrn Verfasser entschieden beizupflichten haben. Seine Ansicht, daß das Gegenteil dem Geiste des ganzen Rechtsmittels widerspreche, scheint so begründet, daß man diese Frage für abgethan ansehen sollte, wenn man sich einmal für die Kassation als das alleinige Rechtsmittel letzter Instanz entschieden hat. Der entgegengesetzte Grundsatz stellt nicht nur die zwiespältigen Rechtsmittel der Kassation und Revision neben einander, sondern vermischt sogar das eine mit dem andern. Ein Kassationsrichter, welcher mehr thut als die Kassation aussprechen, welcher sich mit der vorliegenden Sache selbst befaßt, also nothwendig auch in eine Prüfung des Sachverhältnisses und des Beweises eingeht, ist nicht mehr Kassationsrichter sondern ist in Wirklichkeit ein Revisionsrichter. Man verfällt dann den Mängeln und Nachteilen, welche sich aus der Koexistenz oder vielmehr aus der Vermischung zweier so verschiedener Rechtsmittel, wie Revision und Kassation, ergeben, und die man, wie der Herr Verfasser S. 9 mit Grund bemerkt, aus Irrthum dem Prinzip der Kassation unterlegt.

Was in dem revidirten Ministerial-Entwurf für den, anscheinend nicht adoptirten sondern nur konzedirten, Grundsatz der Entscheidung des Kassationsrichters in der Sache selbst, angeführt wird, widerlegt nicht das in dem ersten Ministerial-Entwurf für das Gegenteil Gesagte.*)

Ueberhaupt, — und das mag hier zum Schlusse bemerkt werden — mögte es nicht ohne Einfluß auf das eine oder andere der über den ersten Ministerial-Entwurf eingeholten, und teilweise mehr auf theoretischer als praktischer Anschauung beruhenden Ansichten der Gerichtsbehörden, gewesen sein, wenn die verdienstvolle Schrift des Herrn Verfassers früher bekannt geworden wäre.

Otto.

2.

Der letzte Wille und der Erbvertrag, eine civilistische theoretisch-practische Abhandlung mit besonderer Berücksichtigung der unerlaubten Bedingung der Ehelosigkeit, deren Begriff, Bedeutung und Wirkung auf die verschiedenartigen Rechtsgeschäfte von Todeswegen. Von Friedr. Scharnweber, Kreisgerichts-Rath. Potsdam 1861. Riegel'sche Buch- und Musikalien-Handlung (A. Stein). 120 S.

Die Veranlassung und die Grundlage dieser Schrift bildet ein sehr interessanter, bei den Gerichtshöfen zu Berlin in verschiedenen Prozessen verhandelter Rechtsfall; ihr Zweck ist die kritische Beleuchtung der ergangenen, ebenso wichtige als anziehende

*) Für die hier vertheidigte Ansicht kann nunmehr auch eine gewichtige Auctorität angeführt werden — der zweite deutsche Juristentag. Derselbe hat sowohl in der Abtheilungs- wie in der Plenar-Sitzung mit entschiedener Majorität den Antrag Waldeck's angenommen:
„Das Rechtsmittel letzter Instanz bringt nicht die Sache in ihrer Totalität, sondern neben Competenzüberschreitungen und gewissen Prozedurfehlern nur die behauptete fehlerhafte Anwendung und Auslegung des Gesetzes mit Ausschluß der thatsächlichen Würdigungen des zweiten Richters zur Entscheidung des höchsten Gerichtshofes."
Deutsche Gerichts-Zeitung 1861 S. 266, 269.

Anmerk. der Redaction.

Digitized by Google

Rechtsfragen betreffenden Entscheidungen, welche bereits in Striethorst's Archiv B. 21 S. 288 f. und B. 26 S. 13 f. mitgetheilt sind und auch theilweise in diesen „Beiträgen" (B. III S. 215 f.) eine Beurtheilung erfahren haben.*) Die Schrift zerfällt in zwei, ihrem Umfange nach sehr verschiedene Theile, denen eine kurze historische Einleitung vorangeschickt ist. Der erste Theil (nur 30 S. umfassend) behandelt im Abschnitte I die Frage: „Ist der auf den Ueberrest des Nachlasses substituirte Erbe berechtigt, vom heres fiduciarius die Offenlegung eines Inventars zu fordern?" und im Abschnitte II: „Begriff und Bedeutung der unerlaubten Bedingung der Ehelosigkeit." Zu I wird die Frage vom Verf. gegen die Ansicht des Ober-Tribunals mit dem ersten Richter bejaht. Auch zu II sind die Ausführungen gegen die, allerdings sehr bedenklichen Entscheidungsgründe des Ober-Tribunals gerichtet. — Der zweite Theil (S. 31—120) beschäftigt sich in seinen vier Abschnitten hauptsächlich mit Darlegung der Wirkung der einem Erbvertrage beigefügten unerlaubten Bedingung und zwar theils einer solchen, die einem der Kontrahenten, theils einer solchen, die einem darin bedachten, nicht zugezogenen Dritten auferlegt ist. Als Vorbereitung dazu dient der Abschnitt I und II, worin die Fragen beantwortet werden: „In welchem Verhältnisse stehen der Erbvertrag und die letztwillige Verordnung zu einander? Ist namentlich der Erbvertrag eine Spezies der letztwilligen Verordnung oder sind beide Rechtsinstitute von verschiedenartiger Gattung?" (Daß die letztere Auffassung die allein richtige sei, wird vom Verf. ausführlich dargethan.) Ferner: „Wie ist die Bedeutung der im § 646 Tit. 11 Th. I A. L. R. enthaltenen gesetzlichen Vorschrift aufzufassen?" Nach den gewonnenen Ergebnissen gelangt der Verf. im Abschnitte III („Ueber den Einfluß der in einem Erbvertrage vorkommenden unerlaubten Bedingung auf denselben") zu dem Rechtssatze: daß die einem der Kontrahenten auferlegte unerlaubte Bedingung den Erbvertrag sowohl in Ansehung der Kontrahenten als eines jeden Dritten vernichte, daß dagegen die einem darin bedachten, nicht zugezogenen Dritten gestellte Bedingung dieser Art als nicht hinzugefügt gelte. — Zur Unterstützung dieser Ausführungen dient der Abschnitt IV: „Ueber den Begriff der Haupt- und Nebenbestimmung eines Vertrages, in specie des Erbvertrages." Möge diese kurze Inhaltsanzeige zum Lesen der so interessante Rechtsmaterien enthaltenden Broschüre, so wie zur Prüfung der vom Verfasser im lebhaften Interesse für die wissenschaftliche Erkenntniß unseres Rechts, den Entscheidungsgründen unseres höchsten Gerichtshofes gegenüber, geltend gemachten Ansichten anregen!

Dr. J. A. Gruchot.

3.

Die Kompetenz-Konflikte in Preußen. Von Felix Primker, Stadtrichter. Berlin 1861. Verlag von J. Guttentag. 68 S.

Der für unser Rechtsleben so wichtige, auch in diesen „Beiträgen" (B. IV S. 232 f., B. V S. 249 f.) mehrfach behandelte Gegenstand dieses mit Geist und gewandter Feder verfaßten Schriftchens hat inzwischen durch das mit den beiden

---

*) Vergl. auch den Aufsatz des Privatdocenten Dr. Gustav Hartmann in Göttingen: „Ueber den Einfluß unerlaubter Bedingungen auf Erbverträge" in der deutschen Gerichts-Zeitung 1861 S. 329, 330.

Digitized by Google

Häusern des Landtages vereinbarte Gesetz vom 24. Mai 1861, betreffend die Erweiterung des Rechtsweges (Ges. S. S. 241 f.), wenigstens zum Theil eine befriedigende Erledigung gefunden. Dieser Umstand wird jedoch der angezeigten Abhandlung das verdiente Interesse um so weniger entziehen, als die darin enthaltene Darlegung der staatsrechtlichen Grundsätze über die Scheidung zwischen Verwaltung und Justiz und die Nothwendigkeit einer s. g. Administrativjustiz, desgleichen die Rückblicke auf die Gesetzgebung der verschiedenen Länder und Zeiten so wie die Kritik unserer Preußischen Zustände in diesem Punkte, die zum Theil noch gegenwärtig ihrer Besserung harren, ihr einen bleibenden Werth sichern. Der Verfasser schließt mit dem Votum: „die Institution des Kompetenz-Gerichtshofes muß fallen, dem Richter muß seine Kompetenz wie vor den Jahren 1828 und 1842 wieder gegeben werden, damit das Recht, welches jetzt unter dem Schatten der Verwaltung kümmerlich fortlebt, sich wieder mit frischer Kraft entfalten und seine befruchtenden und erhaltenden Triebe in alle Adern des Staatslebens entsenden könne, und damit die Justiz, einst genannt „das nächst dem Wort Gottes allerbeste und unschätzbarste Kleinod aller Länder und eine Grundfeste des Regentenhauses," die ihr seit Alters her in Preußen zugewiesene Machtstellung als „Grundsäule des Staates" wieder einnehmen möge.

Daß dieser Wunsch zur Wahrheit werde, dafür möge uns vorläufig der auf den Antrag des Verfassers von dem Zweiten Deutschen Juristentage mit imposanter Majorität gefaßte Beschluß eine Bürgschaft sein, auszusprechen:

> „daß die Unabhängigkeit der Rechtspflege nur dann gewahrt sei, wenn der alte Deutsche rechtliche Grundsatz, daß die Gerichte in allen Fällen über ihre Kompetenz selbst und ausschließlich zu entscheiden haben, ungeschmälert Geltung hat."

Dr. J. A. Gruchot.

4.

Zeitschrift für Bergrecht. Redigirt und herausgegeben von H. Brassert, Oberbergrath und Justiziar des Oberbergamts zu Bonn und Dr. H. Achenbach, Kreisrichter und Privatdocent an der Fr.-Wilh.-Universität zu Bonn. Zweiter Jahrgang (in vier Heften). Bonn 1861. Erstes und zweites Heft. Verlag von Adolph Marcus.

Die bereits im IV. Jahrgange dieser „Beiträge" S. 508 f. angezeigte, höchst beachtungswerthe Zeitschrift ist nunmehr in ihren zweiten Jahrgang getreten. Sie hat mit demselben ihren bisherigen Verlag gewechselt und auch insofern eine Veränderung erfahren, als sie fortan nicht mehr in halbjährigen, sondern in Vierteljahrs-Heften von 8 bis 10 Bogen erscheint, deren vier einen Jahrgang bilden — eine Einrichtung, die als eine wesentliche Verbesserung zu bezeichnen ist, da sie die Herausgeber in den Stand setzt, mit dem raschen Fortschreiten der Entwickelung des Bergrechts gleichen Schritt zu halten und die neuesten Erscheinungen auf diesem Gebiete alsbald zur Kenntniß des betheiligten Publikums zu bringen.

Auch die vorliegenden Hefte des neuen Jahrganges geben ein erfreuliches Zeugniß dafür ab, wie sehr die Herausgeber bemüht gewesen sind, das dem Unternehmen vorangeschickte vielsagende Programm zur vollen Wahrheit zu machen.

Digitized by Google

Das erste Heft bringt uns, unter Beibehaltung der bisherigen, durchaus zweckmäßigen Anordnung des Stoffes — in dem Abschnitte: Berg-Gesetzgebung (bearbeitet von den Herausgebern) das „Toscanische Gesetz vom 13. Mai 1788" desgleichen „Beiträge zur Kenntniß der neueren Berg-Gesetzgebung" (England's, Spanien's und Portugal's, Schweden's, Oesterreich's, Preußen's, Baiern's, Würtemberg's, Baden's, Hessen-Darmstadt's und Nassau's). Der folgende Hauptabschnitt enthält die Abhandlungen, nämlich: „Beiträge zur Reform des deutschen Bergrechts. Von Otto Freiherrn von Hingenau, Oberbergrath und Professor an der Universität zu Wien," worin, unter Fortsetzung des im I. Jahrg. S. 45 f. und S. 554 f. mitgetheilten Aufsatzes, als der erste der wesentlichen Hauptpunkte, über welche man sich verständigen müßte, um zu einer Einigung in den Grundsätzen eines allgemeinen deutschen Bergrechts zu gelangen, das Finderrecht bezeichnet wird, indem der Verfasser zu zeigen sucht, wie man das Finderrecht bei einer Reform des deutschen Bergrechts behandeln könnte, um es gemeinsamen Grundsätzen für deutsche Berggesetzgebung einzufügen. — „Bemerkungen über die gegenwärtigen Bergrechtsverhältnisse der königlich sächsischen Oberlausitz sowie der zum Königreich Sachsen gehörigen fürstl. und gräfl. Schönburgischen Standesherrschaften (Receßherrschaften). Von P. M. Kreßner, Königl. Sächs. Bergamtsassessor und Lehrer der Bergrechte zu Freiberg" — eine historische Darstellung der bergrechtlichen Verhältnisse, welche die Veranlassung gegeben haben, das Königlich Sächsische Gesetz vom 22. Mai 1851, den Regalbergbau betreffend, in den gedachten Landestheilen vorläufig außer Anwendung zu lassen. — „Zur Geschichte des römischen Bergrechts. Von Dr. Bluhme, Geh. Justizrath und Professor der Rechte zu Bonn" — kurze historische Bemerkungen zu der im I. Jahrg. dieser Zeitschrift S. 170, 171 erwähnten Verordnung der Kaiser Valentinian, Theodos und Arcadius vom 14. oder 15. März 393. — „Beiträge zur Kenntniß des Preußischen Bergrechts. Von von der Bercken, Bergrath zu Bochum" (Fortsetzung von Jahrg. I S. 117), worin unter IV. „Die Grubenfelder mit ewiger Teufe und Vierung" die im Allgem. Landrechte nicht bestimmten sehr wichtigen Begriffe der „ewigen Teufe" und der „Vierung" veranschaulicht werden. — „Zur Frage über das Recht der Gewerkschaften, Entschädigung zu fordern, wenn sie gezwungen werden, Sicherheitspfeiler gegen die Erdoberfläche stehen zu lassen. Von Ebmeier, Ger.-Assessor und stellvertret. Bergamtsjustiziar zu Bochum" — Beurtheilung einer in erster Instanz gefällten Entscheidung über diese Frage in einer Rechtssache, welche demnächst in zweiter Instanz bei dem Appellationsgericht in Hamm verhandelt worden ist. (Das Erkenntniß des Letzteren ist oben S. 79 f. mitgetheilt.) — „Die Theilung des Erbkuxes unter mehrere Grundeigenthümer nach den Vorschriften des Preußischen Allgemeinen Landrechts" — Mittheilung eines von dem Bergamte zu Siegen im Verwaltungswege erledigten Falles. — „Ueber das im Grunde Seel- und Burbach geltende Bergrecht. Von Dr. Heinr. Achenbach." — Den Schluß bilden: „Einige Bemerkungen über Arbeitsordnungen. Von H. Brassert — Besprechung der wesentlichsten Differenzpunkte über Begriff und Gegenstand der im § 3 des Gesetzes vom 21. Mai 1860 gedachten Arbeitsordnungen (einer bis dahin dem preuß. Berg- und Gewerberechte unbekannten Einrichtung) so wie über die Befugnisse der Bergbehörde hinsichtlich der Bestätigung derselben. — Demnächst werden in dem den „Entscheidungen der Gerichtshöfe" gewidmeten Abschnitte interessante Rechtssprüche von Gerichten erster, zweiter und dritter Instanz über wichtige bergrechtliche Fragen mitgetheilt, welchen sich eine „Hinweisung auf die neuesten, in anderen Zeitschriften und Sammlungen ver-

Digitized by Google

öffentlichten Entscheidungen der Gerichtshöfe" anschließt. — Es folgen „Mittheilungen aus der Praxis der Verwaltungsbehörden." — Der letzte für die „Literatur" bestimmte Abschnitt bespricht:

1. Die „Uebersicht der bergrechtlichen Entscheidungen des K. Ober-Tribunals. Von R. Klostermann, Bergrath. Berlin 1861 bei R. Decker."
2. „Das Oesterreichische Bergrecht nach dem allgemeinen Berggesetze für das Kaiserthum Oesterreich vom 23. Mai 1854. Von Rudolph Manger. Prag 1861 bei F. A. Credner."

Von gleicher Reichhaltigkeit ist das zweite Heft. Wir müssen uns hier auf eine kurze Inhaltsangabe der beiden Hauptabschnitte beschränken. Der erste, die „Berg-Gesetzgebung" betreffende, führt uns vor: A. „die neueste Berggesetzgebung auf der iberischen Halbinsel. Vom Geh. Bergrath Dr. Burkart zu Bonn" und zwar zunächst das spanische Bergwerksgesetz vom 6. Juli 1859 (Fortsetzung folgt). B. Die neuesten Gesetze und Verordnungen, insbesondere über die verhältnißmäßige Bergwerkssteuer in Frankreich. Von den Herausgebern. C. Die neueste Berg- und Gewerbegesetzgebung in Preußen. I. Gesetz, betreffend die Ermäßigung der Bergwerksabgaben vom 22. Mai 1861. II. Gesetz, betreffend die Kompetenz der Ober-Bergämter vom 10. Juni 1861. — Die „Abhandlungen" bilden: 1. „Das bergbauliche Genossenschaftswesen und dessen Reform. Vom Finanzrath Dr. Schomburg in Weimar," wovon nur der erste Abschnitt: „Allgemeine Charakteristik" gegeben wird. — 2. „Das französische Bergrecht. Von Dr. Heinr. Achenbach (Fortsetzung von Jahrg. I S. 153—179, 588—626).

Eine Zeitschrift, die so Gediegenes bietet, darf sich der immer steigenden Theilnahme des juristischen Publikums um so mehr versichert halten, als der Justiz-Minister sich kürzlich veranlaßt gefunden hat, durch die Präsidien der Appellationsgerichte diejenigen Gerichtsbehörden, in deren Bezirk Bergwerke vorhanden sind, auf dieselbe aufmerksam zu machen.

Dr. J. A. Gruchot.

5.

Die Preußische Subhastations-Gesetzgebung in ihrer gegenwärtigen Geltung, für den praktischen Gebrauch zusammengestellt und aus den Materialien, der Rechtswissenschaft und der Praxis erläutert, ingleichen mit Vorschlägen zur Verbesserung versehen von Wilhelm Hartmann, Königlichem Kreis-Gerichts-Director. Breslau, Druck und Verlag von Wilh. Gottl. Korn. 1861.

Bei dem wahrhaft beklagenswerthen formellen Zustande unserer Subhastations-Gesetzgebung, der den Praktiker nöthigt, aus einer ganzen Reihe theilweise wieder abgeänderter oder ergänzter Gesetze und Verordnungen das geltende Recht sich mühsam zusammenzufügen und es kaum möglich macht, einen klaren Ueberblick über das Ganze zu gewinnen, muß das vorstehende, von einem gründlichen Kenner unseres Rechts verfaßte Werk als eine sehr willkommene Erscheinung bezeichnet werden, die nur um so zeitgemäßer ist, als gerade jetzt die Nothwendigkeit einer Reform dieses so wichtigen Zweiges unseres Rechtsverfahrens aufs Neue zur Sprache gebracht worden und ein aus dem Abgeordneten-Hause hervorgegangener Gesetzentwurf dem Justiz-Ministerium zur Prüfung vorliegt. Wir haben allerdings hier immer nur

Digitized by Google

ein Compilationswerk vor uns, aber ein solches, welches mit eben so vielem Geschick als mit Fleiß und Sorgfalt bearbeitet worden, und — was die Hauptsache ist — auch den Anforderungen der Wissenschaft sich nicht entzogen hat. Dasselbe gibt eine geschichtliche Entwickelung der Rechtsmaterie so wie eine durch Selbständigkeit des Urtheils sich überall auszeichnende dogmatische Darstellung des geltenden Rechts, unter sorgfältiger Benutzung dessen, was die Wissenschaft und die Praxis darüber bieten. Hin und wieder finden sich auch vergleichende Hinweisungen auf die Französische Gesetzgebung. — Ueber das Verhältniß seines Werkes zu den früheren Bearbeitungen der Preußischen Subhastations-Gesetzgebung spricht sich der Verfasser im Vorworte (S. VII) dahin aus: „Wie entschieden auch und wohlthätig der Einfluß gewesen ist, welchen die aufgeführten Werke auf das Verständniß und die Anwendung der Lehre von den Subhastationen geübt hat, so sind sie gegenwärtig doch zum Theil antiquirt, und keins derselben stellt die gesammte Rechtsmaterie in ihrem organischen Zusammenhange und ihrer gegenwärtigen Geltung dergestalt zusammen, daß für den praktischen Gebrauch und das Studium alle übrige Hülfsquellen entbehrlich gemacht würden.

Das hiermit der Oeffentlichkeit übergebene Werk soll diesem Bedürfnisse abhelfen. Um den Werth des Werkes zu erhöhen, hat der Verfasser es vorgezogen, nicht eine stoffliche Bearbeitung der Rechtsmaterie zu liefern, sondern die gesetzlichen Bestimmungen in ihrem Wortlaute und natürlichen Zusammenhange, mit Bezeichnung der aufgehobenen und nicht mehr geltenden Vorschriften, zusammen zu stellen; unter Benutzung der Materialien, der Rechtswissenschaft und der Erfahrungen der Praxis, in eingehender Weise, dem Texte erläuternde Anmerkungen beizufügen und, geeigneten Ortes, auf die Mängel der bestehenden Gesetzgebung hinzuweisen und Vorschläge zur Verbesserung zu machen. Die Gesetze und Instructionen, welche für den Subhastationsrichter sonst Interesse haben, sind dagegen in den dem Werke beigefügten Anhang verwiesen worden."

So sehr die gewählte Anordnung sich für den praktischen Gebrauch zu empfehlen scheint, so führt sie doch andererseits den großen Uebelstand herbei, daß dadurch die Uebersichtlichkeit verloren geht, indem der Gesetzestext häufig unter den zahlreichen, trotz des kleineren Druckes einen großen Umfang einnehmenden Anmerkungen fast ganz verschwimmt. So wird S. 12 und 13 der kaum aus vier Zeilen bestehende § 5 Tit. 52 der Proz.-Ordn. mitgetheilt, während die dazu gehörige Anmerkung zehn enggedruckte Seiten ausfüllt. Hierdurch wird das Nachschlagen der Gesetzes-Vorschriften sehr erschwert. Der Verfasser hat auch diesen Uebelstand erkannt, indem er sich veranlaßt gefunden, zur leichteren Orientirung dem Werke eine Nachweisung voranzustellen, aus welcher zu ersehen ist, wo die einschlagenden Gesetzesbestimmungen darin abgedruckt sind. Dies heißt aber nur eine Unbequemlichkeit mit einer andern vertauschen. Außerdem ist auch die Anordnung des Stoffes insofern zu tadeln, als zuweilen in einer und derselben Anmerkung die verschiedenartigsten Gegenstände besprochen werden. Um bei der obenerwähnten Anmerkung zu § 5 Tit. 52 der Proz.-Ordn. (S. 12—23) stehen zu bleiben, so behandelt dieselbe hintereinander in äußerlich ungetrennter Weise: die Nothwendigkeit der Erlassung eines Zahlungsbefehls (Subhastations-Mandates) — die Zulässigkeit der nothwendigen Subhastation im Wege der Execution gegen den dritten Besitzer eines Grundstückes — die Frage, ob die Vollmacht des klägerischen Sachwalters in dem vorausgegangenen Prozesse, welcher die Subhastation als Executionsmaßregel zur Folge gehabt hat, auch für das Subhastations-Verfahren ausreicht — die Unabhängigkeit der Einleitung der

Digitized by Google

Subhastation von der Zahlung des Kosten-Vorschusses — die Frage, ob der Gläubiger, dessen zur Execution stehende Forderung auf mehreren Grundstücken des Schuldners zugleich eingetragen ist, alle verhaftete Grundstücke, oder nur so viele zum Verkaufe stellen könne, als nach dem Werthe der einzelnen Grundstücke zu seiner vollständigen Befriedigung erforderlich sind — Unzulässigkeit der Ausdehnung der gegen den nicht persönlich verhafteten Grundstücksbesitzer nachgesuchten Execution auf die später erworbenen Pertinenzstücke — die Ausnahmsfälle, in denen die nothwendige Subhastation ohne vorgängiges Erkenntniß stattfindet — die Ausnahmsfälle, in denen die Subhastation überhaupt unzulässig ist — die Befugniß des Schuldners, die beantragte Subhastation durch Verweisung des Gläubigers auf die einjährigen Gutseinkünfte abzuwenden — die Befugniß zur Kündigung der Mieth- oder Pachtverträge über das zum nothwendigen Verkauf gestellte Grundstück — endlich die Verbindung der Sequestration mit dem Subhastationsverfahren. Abgesehen von diesen mehr äußeren Mängeln wird das Werk, das sich auch durch eine sehr gute Ausstattung empfiehlt, dem am Schlusse des Vorwortes ausgesprochenen Wunsche seines Verfassers gemäß, nicht verfehlen, zur Fortbildung und richtigen praktischen Anwendung der behandelten Rechtsmaterie beizutragen. Wir erlauben uns jedoch, hieran den andern Wunsch anzuknüpfen, daß recht bald die Zeit kommen möge, wo solche, durch den Mangel einer einheitlichen Subhastations-Gesetzgebung hervorgerufenen Compilationswerke aufhören, für die Praxis ein dringendes Bedürfniß zu sein.

Dr. J. A. Gruchot.

6.

Einleitung in das System des Preußischen Civilrechts von Dr. Ludwig Eduard Heydemann, Königl. Preuß. Geheimen Justizrath und Professor der Rechte in Berlin. Zweite, völlig umgearbeitete Auflage des Grundrisses. Erster Band. Allgemeiner Theil. Leipzig, Verlag von Veit und Comp. 1861.

Dieses für das Studium des Preußischen Rechts so äußerst wichtige Werk, dessen erste Lieferung bereits im IV. Jahrgange dieser „Beiträge“ S. 343, 344 angezeigt worden, ist nunmehr bis zur dritten Lieferung gediehen und mit derselben der den allgemeinen Theil (nämlich die ersten acht Titel des Allg. Land-Rechts Th. I) enthaltende erste Band des ganzen Werkes abgeschlossen worden. In der dem letzten Hefte beigegebenen Vorrede spricht sich der Verfasser, der seit dem Sommer-Semester des Jahres 1840 — und zwar seit dem Ende des Jahres 1845 als ordentlicher Professor „für das Preußische Landrecht“ — angestellt, nunmehr dreiundvierzigmal Privatvorlesungen über unser „Landrecht“ sowie öffentliche Vorträge über auserlesene Materien desselben gehalten hat, über die Veranlassung und den Zweck seines Werkes aus. Er bezeichnet dasselbe als hervorgegangen aus seinen Vorlesungen und aus dem lebendigen Verkehr mit der lernenden Jugend, wie aus einer innerlich treibenden Nothwendigkeit. „Es wird keinen Anspruch darauf machen — so bemerkt er weiter — mit den großen Lehrbüchern, welche wir besitzen, in die Schranken zu treten. Aber es beruhet auf der befruchtenden Wechselwirkung des akademischen Lehrens und Lernens, und mag, so zu sagen, ein Lernbuch werden für die jüngere — zu einem nicht geringen Theile mir persönlich vertraut gewordene — Generation unserer Praktiker. — Der Verfasser rechtfertigt zugleich „die ziemlich ausführliche Haltung des allgemeinen Theiles . . mit der überaus abstracten und mageren Beschaffenheit

Digitized by Google

der allgemeinen Lehren unseres Gesetzbuches, welche concreter gestaltet und gleichsam mit Fleisch und Blut versehen werden mußten," und beabsichtigt dagegen „den besonderen Theil mit zwei Hauptabschnitten (Vermögensrecht — Familien- und Erbrecht) in einen verhältnißmäßig engeren Umfang zusammenzudrängen, weil in den besonderen Lehren das Gesetzbuch selbst von großer concreter Ausführlichkeit ist und mehr körperliche Masse darbietet." — Zur Vertheidigung der befolgten Methode auf die im ersten Hefte enthaltenen trefflichen Bemerkungen über den Plan seiner Vorlesungen sowie über die Methode des Studiums des Landrechts verweisend, sagt die Vorrede (S. VI): „Der enge Anschluß an das Landrechtliche System soll nicht zu bloßen Rubriken des Inhalts oder zu einem dürren Schema für den Schulgebrauch führen, sondern zur Reconstruction des Gesetzbuches von Innen heraus und dadurch ganz besonders zur Lösung der dogmatischen Schwierigkeiten behülflich sein."

Wir haben uns erlaubt, das, was in dem vorliegenden Werke geboten und was durch dasselbe bezweckt wird, mit den eigenen Worten des Verfassers (aus der vortrefflich geschriebenen Vorrede) wiederzugeben, weil wir dies für das sicherste Mittel erachten müssen, die Aufmerksamkeit unserer Leser auf dieses „Lernbuch" hinzulenken. Möge das bisher nur langsam vorgeschrittene Werk, an dessen Ende der Verfasser in einem besonderen Nachtrage die inzwischen veröffentlichten neueren gesetzlichen Bestimmungen, richterlichen Entscheidungen und literarischen Erscheinungen zusammenzustellen gedenkt, recht bald zum vollständigen Abschlusse gelangen.

Dr. J. A. Gruchot.

7.

Praxis der Preußischen Gerichte in Kirchen-, Schul- und Ehesachen. Herausgegeben von Dr. Albrecht Altmann, Königl. Preuß. Gerichts-Assessor. Erste bis dritte Lieferung. (Vollständig in fünf Lieferungen.) Verlag von Bernhard Tauchnitz. Leipzig 1861.

Der Verfasser, dem juristischen Publikum bereits durch seine in verschiedenen Zeitschriften veröffentlichten sehr gediegenen Aufsätze auf das Beste empfohlen, gibt in dem angezeigten Werke, nach Inhalt der Vorrede, „eine Sammlung, welche die gesammten, bis auf die Gegenwart veröffentlichten, durch neuere Gesetze nicht antiquirten Entscheidungen der Preußischen Gerichte und insbesondere des Königlichen Ober-Tribunals in Kirchen- und Schulsachen vorführt" und dazu bestimmt ist, „den Juristen und Verwaltungsbeamten, ebenso aber auch den Geistlichen ein erwünschtes Hilfsmittel darzubieten," dabei jedoch zugleich den Anspruch macht, „für eine künftige wissenschaftliche Bearbeitung des Preußischen Kirchen- und Schulrechts als eine unentbehrliche Vorarbeit gelten zu dürfen." — Der Verfasser besorgt nicht, daß seine Schrift mit den bisherigen Repertorien und Kompilationen zusammengeworfen werden wird. Vielmehr ist er sich bewußt, überall mit wissenschaftlichem Sinne zu Werke gegangen zu sein." ... „Berücksichtigt sind nur diejenigen Entscheidungen, welche dem Gebiete des Allgem. Landrechts und des gemeinen Deutschen Rechts angehören. Ausgeschlossen sind also die Entscheidungen der im Bezirke des Appellationsgerichts zu Köln belegenen rheinischen Gerichte, durch welche der Umfang des Buches über die Gebühr erweitert worden wäre. Dagegen ist nicht bloß dem Provinzialrechte eine um so sorgfältigere Beachtung zu Theil geworden, sondern der

Digitized by Google

Verfasser hat auch durch die Beschränkung auf das Gebiet des Landrechts und des gemeinen Rechts die Möglichkeit gewonnen, das Eherecht mit in den Kreis der Bearbeitung zu ziehen und damit ein dringendes Bedürfniß zu befriedigen."

„Die Schrift selbst zerfällt in zwei Abtheilungen, von denen die eine das Kirchen- und Schulrecht, die andere das Eherecht behandelt. Demnächst sind die einzelnen Abtheilungen in Artikel und diese, wo ein Bedürfniß hierzu vorlag, in zwei Abschnitte geschieden, von denen der erste dem allgemeinen Rechte, der zweite dem Provinzialrechte gewidmet ist." So weit haben wir den Verfasser selbst reden lassen, da ihm bei der Einführung seines Werkes in die Oeffentlichkeit das erste Wort gebührt. Die nähere Prüfung des Gebotenen überzeugt uns bald, daß uns nur übrig bleibt, das Gesagte als durchaus wahr zu bestätigen. Der Verfasser hat sich in dem vorliegenden Werke einer ebenso mühevollen als dankenswerthen Arbeit unterzogen und seine Aufgabe in einer Weise gelöst, die das rühmlichste Zeugniß für seine vollkommene Vertrautheit mit den abgehandelten, so verschiedenartigen Rechtsverhältnissen angehörigen Gegenständen und dem von der Wissenschaft wie von der Praxis uns in Betreff derselben dargebotenen Material, desgleichen für sein Geschick in Anordnung und Durcharbeitung des reichhaltigen Stoffes abgibt. — Die bis jetzt erschienenen drei Lieferungen haben die Kirchen- und Schulrechtspraxis zum Gegenstande, bringen jedoch dieselbe noch nicht zum vollständigen Abschlusse. Es ist dies eine Rechtsmaterie, die sich, wie die Vorrede mit Recht hervorhebt, in unserem Vaterlande seit den letzten zwei Jahrzehnten in einem fast beständigen Flusse befindet. „Damit ist die Schwierigkeit gewachsen, das Alte von dem Neuen zu scheiden und den wahren Sinn, sowie die Mängel der geltenden Gesetzgebung überall klar zu erfassen. Hierzu gesellt sich der weitere Uebelstand, daß wir es nicht bloß mit einem einheitlichen Landes- oder gemeinen Rechte zu thun haben, sondern daß **neben** diesem in fast allen Gebieten tief eingreifende besondere Provinzialrechtssatzungen bestehen, und daß ferner gerade im Gebiete des Kirchen- und Schulrechts die Beziehungen des öffentlichen Privatrechts so durch einander laufen, daß häufig die Kompetenzfrage die größten Schwierigkeiten bietet." — Die gewählte Anordnung, bei welcher der Verfasser nach möglichster Uebersichtlichkeit gestrebt hat, erscheint durchaus zweckmäßig. Insbesondere ist die praktische Brauchbarkeit des Werkes dadurch befördert, daß die einzelnen Abtheilungen in **alphabetisch geordnete Artikel** gesondert sind, und bei diesen, wo es nöthig schien, die Darstellung des **allgemeinen Rechts** von der des **Provinzialrechts** sich geschieden findet. Die in den vorliegenden Lieferungen behandelten Artikel der ersten Abtheilung sind:

Ablösung — Auseinandersetzung — Auseinandersetzungs-Rezeß — Ausleihung von Kirchenkapitalien — Baulast bei Kirchen, Pfarren, Küstereien und Schulen — Beamte geistlicher Gesellschaften — Beichtsiegel — Bekenntniß zu einer bestimmten Religion — Besitzstörung — Bevollmächtigte oder Repräsentanten einer Kirchengesellschaft — Deichlasten von Dotationsgrundstücken — Exemtion — Fiskus — Geistliche Gesellschaften — Geläut, Glockenstuhl, Thurm — Gewohnheitsrecht und Observanz — Gnadenjahr — Hand- und Spanndienste — Juden — Kalende in Ostpreußen — Kirche, Kirchengemeinde, Kirchengesellschaft — Kirchenetat — Kirchengut — Kirchenmatrikel — Kirchenstellen — Kirchhof — Kollaturrecht — Lehrer, Lehrerstelle — Letztwillige Zuwen-

Digitized by Google

bungen zu kirchlichen Zwecken — Lutheraner — Mennoniten — Milde Stiftung — Parochiallasten — Patron, Patronatrecht — Pfarrabgaben — Pfarrer — Pfarr- und Schulländereien — Pfarrvermögen — Prediger-Wittwenhaus — Prozesse in Angelegenheiten der Kirchen, Pfarren, Schulen, Stiftungen und Synagogen — Rabbiner — Rechtsweg, Zulässigkeit resp. Unzulässigkeit desselben — Resignation — Säkularisation — Schulabgaben — Schulen, niedere. —

Den umfangreichsten Artikel bildet die Baulast (S. 45—192) welche zunächst nach dem allgemeinen Rechte und sodann nach den besonderen Rechten der einzelnen Provinzen dargestellt ist. — Außerdem sind noch folgende, mit besonderer Gründlichkeit behandelte Artikel hervorzuheben: Kirche, Kirchengemeinde, Kirchengesellschaft (S. 277—294); Parochiallasten (S. 313—340); Patron, Patronatrecht (S. 340—363); Prozesse in Angelegenheiten der Kirchen rc. (S. 377—402); Rechtsweg. Zulässigkeit resp. Unzulässigkeit desselben (S. 402—453). Der zuletzt gedachte Punkt, der gerade in den hier in Rede stehenden Verhältnissen eine sehr wichtige Rolle spielt, ist unter folgenden Rubriken dargestellt: I. So weit es sich um Hoheits- oder Majestätsrechte handelt. II. In Beziehung auf die Einziehung der für die Bedürfnisse der Kirchen, Pfarren und Schulen erforderlichen Einkünfte. III. In Beziehung auf die Aufsicht und Verwaltung der Kirchen, Pfarren, Schulen und der damit verwandten öffentlichen Anstalten. IV. In Beziehung auf Kirchen-, Pfarr- und Schulbauten. V. In Beziehung auf polizeiliche Verfügungen. VI. In den das Dienstverhältniß der Geistlichen, der Kirchen- und Schulbeamten betreffenden Angelegenheiten. VII. In Beziehung auf die Ausschließung von einer kirchlichen Gemeinde. VIII. In den Korporations-Angelegenheiten der Juden.

Wir hoffen, daß diese einfache Inhaltsangabe genügen wird, auf die Reichhaltigkeit dieses auch äußerlich vortrefflich ausgestatteten Werkes und dessen Wichtigkeit für den praktischen Gebrauch sowohl des Juristen als des Verwaltungsbeamten und auch des Geistlichen aufmerksam zu machen. Möge daher der Verfasser für seine aufgewendete Mühe durch eine rege Betheiligung des Publikums an seinem Werke sich belohnt finden.

Dr. J. A. Gruchot.

Digitized by Google

Digitized by Google

Grote'sche Buchdruckerei (Griebsch u. Müller) in Hamm.

Digitized by Google

Abhandlungen.

Nr. 6.

Ueber die Entstehung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Cessionar und dem Schuldner des Cedenten.

Von Dr. J. A. Gruchot.

§ 1. Einleitung.

Cession ist derjenige Rechtsakt, durch welchen ein Forderungsrecht einem Andern zur Geltendmachung als eigenes Recht überlassen wird. Es tritt dadurch ohne Mitwirkung des Schuldners ein Wechsel in der Person des Forderungsberechtigten ein, indem der Cessionar das abgetretene Recht an Stelle des ursprünglichen Gläubigers, und völlig unabhängig von diesem, für sich geltend zu machen hat. —

Das Bedürfniß des Rechtsverkehrs führte von selbst dahin, der in der Natur der Obligation beruhenden, von dem römischen Recht, wenigstens der Form nach, in strengster Konsequenz festgehaltenen Unübertragbarkeit derselben gegenüber, das durch die Obligation geschaffene, in das Vermögen des Gläubigers übergegangene Forderungsrecht als übertragbar zu behandeln, wenn auch erst die neuere Rechtsentwickelung[1]) die Cession zu einer wahren Rechtsübertragung, also zu einem solchen Rechtsakte ausgebildet hat, welcher, analog der Tradition bei körperlichen Sachen,[2]) die Forderung selbst („das Eigenthum des Rechts,"[3])

---

1) Ueber die geschichtliche Entfaltung des röm. Cessionsinstitutes s. Windscheid, die Actio des röm. Civilrechts vom Standpunkte des heut. Rechts (Düsseldorf 1856) S. 120 f. und dazu Kuntze in Schletter's Jahrbüchern V S. 7 f.

2) Vergl. Berger oecon. jur. Lib. II tit. VI th. I not. 3: In rebus incorporalibus cessionem esse loco traditionis . . .

Mevii Decis. VIII. 440: Quomodo se habet traditio in corporalibus, ita se cessio habet in incorporalibus, praesertim nominibus et actionibus. Quomodo igitur istorum dominium sine traditione non acquiritur, sic nec jus agendi ex eo, quod alteri debetur, non transit sine cessione, nisi singulari beneficio legis actio cedatur vel pro cessa habeatur . . .

Schon die Glosse kennt den, auch von Bartolus angenommenen Satz: quod operatur traditio in rebus corporalibus, illud operatur cessio in istis rebus incorporalibus.

3) Schilter, Praxis jur. Rom. in foro Germ. T. II Exerc. 30 § 64: Ex quibus conficitur, moribus et usu fori nostri venditionem ac cessionem jurium plene transferre dominium, et absque mandato, atque efficere

Digitized by Google

nicht bloß die Befugniß zur Ausübung derselben, als eines fremden

cessionarium non procuratorem tantum in rem suam, sed plene dominum, absque reservatione actionis seu juris directi. Ac verum non modo statuto ac consuetudine id posse introduci, ut recte Lauterbachius et Brunnemannus docuerunt, sed etiam revera ita in foro Germanico introductum observare licet. Ac jus Romanum hac in parte non mutatum, sed haud receptum dici debet, ita ut ab allegante receptionem ea probari debeat, quum usus fori sit contrarius . . .

Seuffert, prakt. Pandekten-Recht II § 297 Anm. 4: „Allerdings erscheint das Rechtsproduct der Cession auch im neuesten röm. Recht nur als Befugniß, eine fremde Forderung zu eigenem Vortheil auszuüben. Allein im heutigen Rechtsbewußtsein des Volkes stellt sich die übertragene Forderung als eine dem Cessionar ebenso eigene dar, wie eine veräußerte körperliche Sache als Eigenthum des Erwerbers."

Bähr, Zur Cessionslehre (in v. Gerber's und Ihering's Jahrbüchern B. I S. 361): „Die Cession bildet in ihrer dermaligen Bedeutung ein Rechtsgeschäft, welches, ganz ähnlich wie die Tradition das Eigenthum an einer Sache, die Klageberechtigung aus einer Forderung oder auch — denn ich scheue den Ausdruck nicht — das Eigenthum an einer Forderung aus dem Vermögen des Cedenten in das des Cessionars überträgt."

Derselbe S. 371, 372: „Die Cession ist ein Vertrag; aber nicht ein obligatorischer Vertrag, sondern ein Vertrag nach Art der dinglichen Verträge (vergl. Savigny, System III S. 312), und namentlich der Tradition analog. Wie diese das Recht an einer Sache, so überträgt jene ein Klagrecht, solches als Vermögensobject gedacht. Da nun bei Obligationen der rechtliche Inhalt eben nur in dem Klagrechte besteht, so kann man sagen: die Cession überträgt die Obligation."

Derselbe S. 401, 402: „Es kann die Frage entstehen, ob eine bestimmte Forderung Diesem oder Jenem zustehe? Daraus erwächst das Bedürfniß, die subjective Berechtigung des Einen im Gegensatz zu der jedes Anderen zu bezeichnen; und ich weiß in der That keinen passenderen Ausdruck hierfür, als wenn man von dem „Eigenthum" an der Forderung redet. Die Sprache des gemeinen Lebens hat sich längst diesen Ausdruck angeeignet; und es scheint mir von Seiten der Wissenschaft eine leidige Sprödigkeit, wenn sie solchen verschmäht. Er ist nicht einmal unrömisch. Denn auch die Römer bezeichnen den procurator nach der Litiscontestation als dominus litis, d. h. Herrn, Eigenthümer der Proceßobligation. Und mindestens sind wir eben so gut berechtigt, von dem Eigenthum an einer Forderung zu reden, wie bereits die Römer von einem Pfandrecht an solcher redeten. Beide Begriffe sind völlig correlat. Ja, ich wüßte sogar die volle Berechtigung an der Forderung im Gegensatz zu den daran möglichen beschränkten Rechten (Pfandrecht, Nießbrauch u. s. w.) nicht treffender zu bezeichnen, als mit dem Wort: Eigenthum. Daß für dieses Eigenthum an Forderungen nicht alle die Sätze zur Anwendung kommen, welche für das Eigenthum an Sachen gelten, daß namentlich dort der Besitz mit allen seinen Consequenzen hinwegfällt: daran wird kein Verständiger zweifeln.

Digitized by Google

von der Person des Gläubigers untrennbaren Rechts, aus dem Vermögen des Cedenten in das des Cessionars überträgt, also insofern eine wahre Singularsuccession, einen wirklichen in sich vollendeten Rechtserwerb vermittelt.[1])

Dieser Rechtsentwickelung, die ihrem Grundgedanken nach sich schon im römischen Recht findet,[2]) und welche daher mit Unrecht Koch[3]) als eine völlige Verkennung der römisch-rechtlichen Grundansicht bezeichnet, sind alle neueren Gesetzgebungen gefolgt.

Preuß. Allgem. Land-Recht Th. I Tit. 11.

§ 376. „Die Abtretung der Rechte setzt einen Vertrag voraus, wodurch Jemand sich verpflichtet, einem Andern das Eigenthum seines Rechts, gegen eine bestimmte Vergeltung zu überlassen."

§ 377. „Die Handlung selbst, wodurch das abzutretende Recht dem Andern wirklich übertragen wird, wird Cession genannt."

§ 393. „Durch die Erklärung des Cedenten, daß der Andere das abgetretene Recht von nun an als das seinige auszuüben befugt seyn soll, und durch die Annahme dieser Erklärung, geht das Eigenthum des Rechts selbst auf den neuen Inhaber über."

Oesterreich. allgem. bürgerl. Gesetzbuch:[4])

§ 1392. „Wenn eine Forderung von einer Person an die andere übertragen, und von dieser angenommen wird; so entsteht die Umänderung des Rechtes mit Hinzukunft eines neuen Gläubigers. Eine solche Handlung heißt Abtretung (Cession), und kann mit oder ohne Entgeld geschlossen werden."

§ 1394. „Die Rechte des Uebernehmers sind mit den Rechten des Ueberträgers in Rücksicht auf die überlassene Forderung eben dieselben."

Code civil:

Art. 1689. „Dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la delivrance s'opère entre le cédant et le cessionaire, par la remise du titre."[5])

---

1) Vergl. die Abhandlung Nr. 3 im III. Jahrgange dieser „Beiträge" S. 30, 31 und die daselbst angeführten Schriftsteller, denen als neuester noch Brinz, Lehrbuch der Pandekten § 130 beizufügen ist.

2) Vergl. Arndts, Lehrbuch der Pandekten § 254. Brinz, Lehrbuch der Pandekten § 130.

3) Recht der Ford. II S. 47—49 (2. Ausgabe).

4) Unger, System des österr. allgem. Privatrechts B. 2 (Leipzig 1857) S. 19, 20 sagt: „Daß in Eigenthum und dingliche Rechte, soweit diese nicht zu den unübertragbaren gehören, eine Singularsuccession stattfinden könne, ist unbestreitbar; es kann aber nach österreichischem Recht (§ 1392 § 1394 a. b. G. B.) und sollte auch für das heutige gemeine Recht nicht bezweifelt werden, daß eine Singularsuccession auch in Obligationen rechtlich möglich sei, und zwar sowohl activ (durch Cession), als passiv (durch Schuldübernahme)."

5) Vergl. Zachariä von Lingenthal, Handb. des franz. Civilrechts § 359 zu I (5. Auflage).

Digitized by Google

Von dieser Auffassung des Wesens der Cession scheint der revidirte Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen von 1861 sich loszusagen, indem derselbe die Bestimmung enthält:

> § 989. „Die Abtretung einer Forderung durch ein Rechtsgeschäft erfordert eine Willenserklärung des Gläubigers, welche einem Andern die Befugniß giebt, die Forderung anstatt des Gläubigers für sich und zu eigenem Nutzen geltend zu machen." [1])

Mit Recht aber bemerkt Dr. Unger in seiner kritischen Besprechung des gedachten Entwurfes (Leipzig 1861) S. 80, 81:

> „Liest man unbefangen die Bestimmungen des Entwurfes über Abtretung der Forderungen § 980 fg., so wird jedermann die Ueberzeugung gewinnen, daß der Entwurf eine Singularsuccession in Obligationen annimmt, und es ist, denke ich, aller Grund vorhanden sich darüber zu freuen. So heißt es im § 980 fg. „Forderungen gehen über," „die Abtretung hat die Wirkung, daß der Abtretende aufhört Gläubiger zu sein.... der neue Gläubiger tritt an die Stelle des Abtretenden" (§ 995), „der neue Gläubiger erwirbt die Forderung in dem Umfang, in welchem sie dem Abtretenden zustand" (§ 996); so wird der Cedent im § 994 der „frühere Gläubiger," der Cessionar im § 1001 der „neue Gläubiger" genannt. Diesen klaren Aussprüchen gegenüber kann die Ausdrucksweise des § 989, die allerdings von dem eingenommenen Standpunkt aus als unpassend erscheint, nicht weiter irre machen, sondern nur als Nachklang einer überwundenen Auffassung betrachtet werden." [2])

§ 2. Stellung des Cessionars zum Schuldner. Im Allgemeinen.

Ist nun die Cession ihrer wahren Bedeutung nach eine ohne alle Mitwirkung des Schuldners sich vollziehende Rechtsübertragung, vermöge deren der Cessionar ganz von selbst dem Schuldner als (singulärer) Rechtsnachfolger des Cedenten, mithin als nunmehriger Gläubiger gegenübertritt, so scheint auch die Folgerung unabweislich, daß dieser Rechtsakt schon für sich allein geeignet ist, den Cessionar in rechtliche Beziehung zum Schuldner zu bringen. Denn ist durch die

---

1) In den speziellen Motiven (S. 612, 780) wird auch geradezu gesagt, daß „das Gesetzbuch sich zwar dem römischen Recht ... nicht durchaus angeschlossen, sondern in einigen Beziehungen die Cession in einer deren Geist und Zweck entsprechenden Weise unseren Bedürfnissen und Ansichten anzupassen gesucht, dessen ungeachtet aber die Meinung, als ob bei Forderungen eine Singularsuccession möglich sei, nicht angenommen habe."

2) In Betreff der in der vorhergehenden Note angeführten Motive bemerkt Unger (S. 81, 82): „So nehmen also die speziellen Motive prinzipiell einen anderen Standpunkt ein als der Entwurf, und sie erfüllen ihre Aufgabe schlecht, indem sie statt aufzuklären und zu motiviren, vielmehr verdunkeln und verwirren. Bei diesem inneren Widerspruch, in dem die Motive mit Entwurf und stellenweise sogar mit sich selbst stehen, wird es zweckdienlich sein, dieselben ganz außer Betracht zu lassen..."

Digitized by Google

Cession — und durch diese allein — das Gläubigerrecht auf den Cessionar übergegangen, so ist damit auch die Stellung des Schuldners, ihm gegenüber, entschieden; Letzterer ist nunmehr **sein** Schuldner geworden und daher aus dem obligatorischen Verbande mit dem Cedenten ohne Weiteres herausgetreten.[1]) — Müßten wir diese Folgerung als richtig anerkennen, so wären wir von selbst genöthigt ein Prinzip aufzugeben, das in Beziehung auf den Schuldner zu so höchst bedenklichen, jedem Rechtsgefühle widerstreitenden Consequenzen führt. Denn es wäre damit die Möglichkeit gegeben, den Schuldner nicht etwa bloß ohne sein Wollen, sondern selbst ohne sein Wissen aus dem Schuldverbande mit seinem bisherigen Gläubiger loszulösen und mit einer anderen Person, als dem nunmehrigen Forderungsberechtigten, obligatorisch zu verknüpfen. — Allerdings ist die rechtliche Wirksamkeit der Cession in keiner Weise an die Mitwirkung oder die Einwilligung des Schuldners geknüpft.

l. 3 C. de her. v. act. vend. (4, 39): Nominis venditio etiam ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet.

l. 2 C. de donat. (8, 54): Si nominis persecutionem in te emancipatam pater tuus titulo donationis transtulit, frustra praetendit, qui debitori tuo heres exstitit, consensum fuisse debitoris necessarium, quum satis fuerit actiones eo nomine tibi mandatas fuisse.

Preuß. Land-Recht Th. I Tit. 11 § 409: „Es ist .. die Einwilligung des Schuldners zur Gültigkeit der Cession an sich nicht nothwendig."

Allein damit ist nur ein Widerspruchsrecht des Schuldners gegen die Cession, die ja das Schuldverhältniß in seiner objectiven Gestaltung völlig unberührt läßt und daher dasselbe niemals erschweren darf,[2]) aus-

---

1) Vergl. Schilter, Praxis jur. Rom. in foro Germ. T. II Exerc. 30 § 64: .... Unde et illud porro sequitur, ut non demum litiscontestatio faciat dominum litis cessionarium, nec denunciatio demum cedenti adimat jus exigendi, sed ipsum factum cedentis ac tradentis jus agendi, simpliciter et absque reservatione, erb- und eigenthümlich, quare etsi nondum denunciaverit cessionarius debitori acquisitum jus agendi, tamen si ipse solvit cedenti, indebite cedens accipit, nec absque dolo.

Voet, com. ad P. XVIII. 4. Nr. 15: .... Plane nostris moribus circa cessas actiones magis placuit, jus omne cedentis cessione extinctum esse, nec amplius cedentem, sed solum cessionarium compellere posse debitorem invitum ad solutionem, licet necdum debitori denunciatio per cessionarium facta sit, ne solvat cedenti ....

2) Mevii Decis. VIII. 232: .... Cessionarius et cedens qua creditum unius personae vicem habet et ille hujus jure censetur ... Nec enim hic in illum cedendo deteriorem conditionem debitoris facit. Nulla ratio apparet, cur debitor ad ampliora obligetur, nec cessio alterius ipsum durius latiusve obligandi modus est ...

Puchta in Weiske's Rechtslexicon II S. 645: Die Cession geschieht ein-

Digitized by Google

geschlossen, keineswegas aber diesem Rechtsgeschäfte auch in Be
auf den Schuldner ohne Weiteres wirksame Kraft beilegt. Es
sich, dem Schuldner gegenüber, um die Anknüpfung eines neuen
torischen Bandes, welches jenen dem Cessionar als seinem nunm
Gläubiger unterwirft. Ein solcher der Cession hinzutretender und
erst ihre Wirksamkeit verleihender Obligirungsakt kann zwar oh
Selbstthätigkeit des Schuldners, ja ohne dessen Willensübereinstim
niemals aber hinter seinem Rücken vor sich gehen; denn er
gerade darin, daß der Cessionar sich als den neuen Gläubige
Schuldner zu erkennen gibt, daß er ihm als solcher gegenübertrit

In dieser Nothwendigkeit eines besonderen Rechtsvorgange
das obligatorische Verhältniß zwischen dem Cessionar und dem Sch
zur Entstehung zu bringen, ist ein Widerspruch mit dem oben ent
ten Cessionsbegriffe des neueren Rechts nicht zu finden. Man
nur die verschiedenen Standpunkte, die hierbei in Betrachtung ko
wohl auseinander halten, nämlich die rechtliche Stellung des Cess

a) im Verhältnisse zum Cedenten,
b) im Verhältnisse zum Schuldner.[1])

In ersterer Hinsicht macht sich die objective oder die ding
in letzterer Hinsicht die subjective oder die persönliche Seit
Verhältnisses geltend.

Dem Cedenten gegenüber stellt sich die Cession als ein
wirksamer Veräußerungsakt dar, wodurch Jener sich seines Gläub
rechts vollständig entäußert und dasselbe, gleich wie dies bei der kö
lichen Sache durch Tradition geschieht, dem Cessionar übereignet,
ihm die rechtliche Möglichkeit verschafft, „das abgetretene Recht von
an als das seinige auszuüben.“[2])

Dem Schuldner gegenüber gilt der durch die Cession he
geführte Wechsel in der Person des Gläubigers erst dann als e
treten, wenn der Cessionar die obligatorische Verbindung mit ihm

---

seitig von dem Gläubiger, die Zustimmung des Schuldners ist dazu
keine Weise erforderlich. Es soll sich denn auch für diesen nichts da
ändern, sein Verhältniß bleibt unangetastet, er wechselt den Gläubiger
die ganze Beschaffenheit des Instituts ist darauf berechnet, daß seine Lage
dadurch verschlimmert werde.

Preuß. Land-Recht Th. I Tit. 11 § 408: „Ueberhaupt darf die Verpf
tung des Schuldners durch die Abtretung des Rechts an einen Andern
mals erschwert werden.“ Vergl. auch Jahrg. III S. 31, 32 dieser „Beiträ

1) Vergl. Jahrgang III S. 30, 31 dieser „Beiträge.“
2) § 393 Tit. 11 Th. I Allg. Land-Recht.

Digitized by Google

[illegible]

[illegible] Bd. II S. 7.)

[illegible] des in einem Erkennt- [illegible] Jahre 1860 angenommenen [illegible]

[illegible] dem Vermögen des Cedenten in das [illegible] wenn der Anspruch des Letzteren [illegible] geltend gemacht wird. [illegible] Braunschweig 1860 S. 94.

[illegible] mit den bisherigen Ausführungen über das [illegible] zum Schuldner steht es auch, wenn Mühlenbruch in seiner Lehre von der Cession der Forderungsrechte (§ 47) [illegible]:

Das Recht des Cessionars ist ein selbstständiges. Hieraus folgt:

a) Der Cessionar verfügt über die abgetretene Forderung wie über jedes andere Vermögensrecht und transferirt dieselbe auch auf seine Erben.

b) Es hängt von ihm ab, sich zu dem Schuldner in ein bestimmtes Rechtsverhältniß zu stellen und dadurch zu bewirken, daß dieser ihm ausschließlich zur Leistung verpflichtet werde. Dies bewerkstelligt er, nach dem neueren Recht, durch eine jede, dem Schuldner eine vollkommene Ueberzeugung von der Richtigkeit der Cession gewährende Benachrichtigung.[2])

---

1) „Beiträge zur Lehre über Rechtsgrund und Wesen der Denunciation des Cessionars an den Schuldner" (in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß B. 12 S. 339 f.)

2) Dieser Darstellung folgt auch Bähr (die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 179) indem er bemerkt: Der Cessionar tritt nicht schon durch [illegible] mandatum ad agendum, die Cession an sich, in die Rechtsausübung des [illegible] bigers ein, vielmehr hat er sich mit dem debitor cessus in ein besonderes [illegible]

Digitized by Google

Betrachten wir nun die Vorschriften der neueren Gesetzbücher über die rechtliche Stellung des Cessionars, so finden wir den oben angegebenen doppelten Gesichtspunkt am bestimmtesten angedeutet im Oesterreichischen allgem. bürgerl. Gesetzbuche:

§ 1395. „Durch den Abtretungsvertrag entsteht nur zwischen dem Ueberträger (Cedent) und dem Uebernehmer der Forderung (Cessionar); nicht aber zwischen dem Letzten und dem übernommenen Schuldner (Cessus) eine neue Verbindlichkeit. Daher ist der Schuldner, so lange ihm der Uebernehmer nicht bekannt wird, berechtiget, den ersten Gläubiger zu bezahlen, oder sich sonst mit ihm abzufinden."

§ 1396. „Dieses kann der Schuldner nicht mehr, sobald ihm der Uebernehmer bekannt gemacht worden ist ...."

Das Preuß. Allg. Land-Recht Th. I Tit. 11 bestimmt:

§ 413. „So lange dem Schuldner die geschehene Cession noch nicht gehörig bekannt gemacht worden, sind alle zwischen ihm und dem Cedenten vorgefallenen Verhandlungen zu Gunsten des Schuldners gültig"

und enthält sodann in den nachfolgenden Paragraphen die näheren Vorschriften über die Art dieser Bekanntmachung, so wie über den Einfluß des dolus des Schuldners.

Der Code civil schreibt vor:

art. 1690. Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. — Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport fait par le débiteur dans un acte authentique.*)

art. 1691. Si, avant que le cédant ou le cessionnaire eût signifié le transport au débiteur, celui-ci avait payé le cédant, il sera valablement libéré."

Verhältniß zu setzen, was nach neuerem Rechte auch schon durch gehörige Kundgebung von der Cession geschieht. ...

Vergl. auch dessen Abhandlung in v. Gerber's und Ihering's Jahrb. I S. 361. 373. 423. 445.

*) Der Cessionar wird im Verhältniß zu dritten Personen — d. i. im Verhältniß zu dem cedirten Schuldner, zu den Gläubigern des Cedenten, zu denen, welchen der Cedent dieselbe Forderung cedirt hat — nicht schon durch die Uebergabe des Titels, sondern erst dadurch Eigenthümer der Forderung, daß dem Schuldner die Cession förmlich bekannt worden ist, oder daß der Schuldner die Cession angenommen hat .... Bis daß nun der Cessionar das Eigenthum der Forderung gegen den cedirten Schuldner erworben hat, befreit sich dieser durch eine dem Cedenten geleistete Zahlung von der ihm obliegenden Verbindlichkeit. Art. 1691.

Zachariä von Lingenthal, Handbuch des Franz. Civilr. § 359 zu I (5. Auflage).

Nach französischem Recht ist in Beziehung auf den Cedenten die Cession schon durch sich selbst vollendet; in Beziehung auf den debitor cessus aber erst durch Notification an den Schuldner, und in Beziehung auf Dritte ebenfalls durch Anzeige der Cession an den Schuldner, oder wenn der letzte in einer öffentlichen Urkunde die Cession annimmt. art. 1690. 1691. 2214 Code civ.

Thibaut, Lehrbuch des franz. Civilr. S. 209.

Digitized by Google

Der revidirte Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen enthält die Bestimmung:

> § 999. „So lange der Schuldner von der Abtretung der Forderung keine Kenntniß erhalten hat, kann er sich mit Wirksamkeit durch Erfüllung an den früheren Gläubiger und durch Vertrag mit demselben von seiner Schuld befreien ....“

§ 3. Art und Weise, wie der Cessionar zu dem Schuldner in ein obligatorisches Verhältniß tritt.

In dem vorhergehenden Paragraphen ist die Nothwendigkeit eines besondern Rechtsvorganges dargelegt worden, durch welchen der Cessionar das vermittelst der Cession von dem ursprünglichen Gläubiger abgelöste und in seine Hand gelegte obligatorische Band mit dem Schuldner anknüpft. Es fragt sich jetzt, in welcher Weise dies geschieht.

Das römische Recht enthält hierüber sehr dürftige Bestimmungen, da die freiere Entwickelung der in die ungefügige Form des mandatum actionis eingezwängten Cessionslehre erst der späteren Zeit angehört.

Die Hauptstelle ist ein Rescript Gordian's vom Jahre 240:

> *l.* 3 C. de novat. (8, 42): Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen antequam lis contestetur (vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit), exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere. Quodsi delegatione facta, jure novationis liberatus es, frustra vereris, ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet; cum per verborum obligationem voluntate novationis interposita a debitore liberatus sis.*)

Mühlenbruch (Cession § 8) sagt hierüber:

> Durch das mandatum actionis erhielt der Gegner ein Recht, sich mit dem Mandatarius einzulassen; allein ehe dies geschehen war, hörte seine Verbindlichkeit gegen den eigentlichen Gläubiger nicht auf, und das besondere Verhältniß zwischen diesem und einem Dritten konnte ihn gar nichts angehen, wenn es ihm auch bekannt geworden war. Hatte er sich aber schon auf irgend eine Weise eingelassen, war also die Sache nicht mehr in ihrer vorigen Lage, so folgte daraus von selbst, daß der Gläubiger von ihm nun nichts mehr fordern konnte. Eine solche Einlassung mit dem Mandatar lag nun ganz unzweifelhaft darin, wenn der Anfang mit der Erfüllung gemacht war; allein auch eine Denunciation des in rem suam procurator sollte eine gleiche Wirkung haben. Unter dieser Denunciation ist keine bloße Benachrichtigung des Schuldners verstanden worden.... Die Denunciation war überhaupt eine Handlung, deren

*) Vergl. Mühlenbruch, Cession § 8. — Bähr in v. Gerber's und Ihering's Jahrb. I S. 378 f., 392 f., 499.


Digitized by Google

> Wesen und Zweck im Allgemeinen in einer Aufforderung oder Ankündigung in bestimmter Form bestand, wodurch dem Denunciaten die Verbindlichkeit auferlegt wurde, eine gewisse Handlung entweder vorzunehmen, oder zu unterlassen, oder sie ohne Widerspruch geschehen zu lassen. Sie war also eine förmliche Handlung ...... In Beziehung auf die Handlung nun, wodurch ein in r. s. procurator den Schuldner verpflichtete nur an ihn zu zahlen, hatte die Denunciation, sie mochte durch den Richter oder durch Zeugen geschehen, ohne Zweifel stets die Bedeutung einer Prozeßeinleitung; dies folgt von selbst aus der Form des Geschäfts, wodurch die Abtretung einer Forderung geschah. Seitdem aber die Prozeßdenunciationen ganz weggefallen sind, muß eine jede Benachrichtigung des Schuldners durch den Cessionar zu jenem Zwecke für genügend gehalten werden; diese Bedeutung kann daher der Ausdruck denuntiatio auch nur haben, wenn er in Beziehung auf Cession in unseren Quellen vorkommt.
>
> Allein waren nun gleich dem Schuldner in gewisser Hinsicht die Hände gebunden, so bewirkte dies noch immer keine Novation; diese ... konnte nach wie vor nur durch die Litisconteſtation erfolgen .....[1])

Bei der Erörterung, die uns hier beschäftigt, stellt sich die Frage in den Vordergrund:

> von wem die erforderliche Benachrichtigung des Schuldners über die erfolgte Cession ausgehen müsse.

Folgt man dem in den vorhergehenden Paragraphen über die Bedeutung des Cessionsaktes aufgestellten Gesichtspunkte, so kann die Antwort nur lauten:

> jene Kundgebung ist Sache des Cessionars; denn sie ist der erste Schritt zur Ausübung des ihm übertragenen Rechts.

Die Thätigkeit des Cedenten beschränkt sich auf den Cessionsakt selbst. Durch diesen hat er sich seines Forderungsrechts vollständig entäußert[2]) und dasselbe dem Cessionar insoweit übertragen, daß er ihm

---

1) Vergl. auch Bähr a. a. O. S. 391 f.
Eine klare Auseinandersetzung dieses der Regel nach in den Lehrbüchern nur oberflächlich behandelten Punktes gibt auch Donellus, comment. de jure civ. Lib. XV cap. 44.

2) Bähr a. a. O. S. 407 sagt von dem angegebenen Standpunkte aus: „Der Cedent behält — und darin liegt gerade die Umgestaltung des neueren Rechts — nach der Cession gar kein Recht an der cedirten Forderung; und namentlich kann weder in der ihm angeblich verbleibenden actio directa, noch in dem Umstand, daß der Schuldner vor Kenntnißnahme von der Cession mit Wirksamkeit an ihn zahlen darf, der Ausdruck eines solchen Rechts gefunden werden."

Desgl. S. 415: „Mit diesem Satze (daß der Schuldner, so lange er von der Cession nichts weiß, den bisherigen Gläubiger als solchen fortbetrachten, und namentlich Zahlung an denselben leisten darf) ist nicht bezweckt, zu Gunsten des Cedenten ein noch fortdauerndes Recht an der Forderung anzuerkennen,

Digitized by Google

die rechtliche Möglichkeit verschafft, das abgetretene Recht dem Schuldner gegenüber als das eigene geltend zü machen. Es ist daher in die Hand des Cessionars gelegt, der Cession auch in Beziehung auf den Schuldner volle Wirksamkeit zu verleihen. Mehr kann dem Cedenten nicht obliegen; alles Uebrige ist Sache des Cessionars. Allerdings steht nichts entgegen, daß der Cedent in Gemeinschaft mit dem Cessionar den Schuldner von der erfolgten Cession in Kenntniß setzt, daß also der Cedent den Cessionar dem Schuldner als seinen nunmehrigen Gläubiger präsentirt. Im Gegentheil gewährt dies den großen Vortheil, daß der Schuldner dadurch die überzeugendste Kunde von der Cession erlangt. Allein der Cessionar spielt dabei immer die Hauptrolle. Seine Mitwirkung erscheint daher unerläßlich.

Knorr im Archiv für die civil. Praxis B. 42 S. 322 f. spricht sich hierüber dahin aus:

> Es fragt sich, auf welche Art das früher zwischen dem Cedenten und dem abgetretenen Schuldner bestandene Band gelöst, folgeweise letzterer, statt jenem, dem Cessionar verbindlich gemacht werden kann. Nach dem ursprünglichen röm. Recht konnte dies nur durch das Rechtsgeschäft der Delegation geschehen, vermöge dessen der Cedent seinen Schuldner mit dessen und des Cessionars Zustimmung an diesen abtritt.....
>
> Seit der Grundsatz gesetzlich ausgesprochen wurde, Cessionen könnten ohne Wissen und Willen des abgetretenen Schuldners vor sich gehen (l. 3 C. de her. v. act. vend. 4, 39, l. 1 C. de nov. 8, 42) scheint auch dem Cessionar ein neues Mittel, sich die cedirte Forderung anzueignen, für den Fall gewährt worden zu sein, daß nach geschehener Cession der Cedent hierzu mitwirkte, welches darin bestand, daß der Cedent und der Cessionar vereint den abgetretenen Schuldner, der diesem zu widersprechen nicht befugt war, von der geschehenen Cession in Kenntniß setzten. Wenn die Gesetze nirgends etwas von diesem Aneignungsmittel erwähnen, so erklärt sich dies theils dadurch, daß dasselbe schon ganz klar aus dem Grundsatze, dem abgetretenen Schuldner stehe kein Widerspruchsrecht gegen

---

sondern lediglich Schaden von dem Schuldner abzuwenden. Der an den Cedenten zahlende Schuldner wird befreit, nicht, weil der Cedent noch Gläubiger wäre, sondern, obgleich dieser es nicht mehr ist, weil die hinter dem Rücken des Schuldners geschehene Cession letzterem nicht zum Nachtheil gereichen darf. Es wirkt lediglich die bona fides des Schuldners, deren Berücksichtigung hier, wie in manchen ähnlichen Verhältnissen, als Gebot der Gerechtigkeit erscheint." (Vergl. auch Leyser, spec. 199 med. 6. 7: Debitor cessus, quamdiu cessionem factam ignorat, cedenti solvere et cum eo transigere potest.

Ejus rei ratio non tam in dominio actionis penes cedentem remanente, quam in bona fide debitoris et culpa cedentis ponitur.)

Gegen die letztere Auffassung erklärt sich Knorr im Archiv für die civ. Praxis B. 42 S. 339 f.

Digitized by Google

die Cession zu, sich ergab, theils auch dadurch, daß nach Einführung des Grundsatzes, zur Aneignung einer cedirten Forderung genüge schon die einseitige Anzeige von Seiten des Cessionars an den Schuldner, es der Erwähnung des durch gemeinsame Anzeige des Cessionars und des Cedenten übrigens auch in rechtsgeschichtlicher Beziehung ganz gleichgültigen Aneignungsmittels nicht mehr bedurfte .....

Der Denunciation von Seiten des Cessionars an den abgetretenen Schuldner von der geschehenen Cession ist dieselbe Wirkung zuzuschreiben... Mit Recht hat daher Mühlenbruch (Cession § 48 S. 305 f.) den Cessionsvertrag mit einem Kaufvertrage verglichen, und der Denunciation eine ähnliche Wirkung wie der Tradition zugeschrieben.

Hiermit stimmt auch ein Erkenntniß des O. A. G. zu Wiesbaden vom 6. Juli 1852 überein, worin gesagt wird:

Nach dem Charakter der Cession und der ausdrücklichen Vorschrift in l. 4 C. quae res pig. (8, 17)

vergl. Mühlenbruch, Cession S. 479—482. Puchta in Weiske's Rechtslexicon II S. 654, 655,

verdient die Ansicht den Vorzug, daß nur durch eine von dem Cessionar selbst geschehene Anzeige von der erfolgten Cession ein Rechtsverhältniß zwischen diesem und dem Schuldner begründet wird, vermöge dessen dieser jenem selbständig verpflichtet wird ....

Seuffert, Archiv B. 6 Nr. 25.

wogegen ein weiter unten anzuführendes Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Stuttgart vom 30. Januar 1845 (ebendas. B. 3 Nr. 156) eine von dem Cessionar oder dem Cedenten dem Schuldner gemachte förmliche Anzeige von der Cession für genügend erklärt, um zu bewirken, daß der Schuldner nicht mehr mit der Wirkung der Befreiung von seiner Verbindlichkeit an den alten Gläubiger zahlen könne.

Eine gewichtige Stütze der hier vertheidigten Ansicht, daß der Cessionar allein es ist, welcher die ihn zu dem Schuldner in ein obligatorisches Verhältniß setzende Handlung vorzunehmen hat, enthält die lehrreiche Abhandlung Windscheid's: die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts (Düsseldorf 1856), wenngleich derselbe hierbei von einem Gesichtspunkte ausgeht, der wohl nicht mit Unrecht als unhaltbar angegriffen worden ist, nämlich von der Auffassung, daß die Denuntiation sich als eine „Besitzergreifung der Forderung“ Seitens des Cessionars darstelle.*) Der Verfasser sagt (S. 135 ff.):

---

*) Vergl. hiergegen Bähr a. a. O. S. 425 f. Kuntze in Schletter's Jahrbüchern V S. 8 f. und dessen Lehre von den Inhaberpapieren S. 242 Note 5. Muther, Zur Lehre von der Röm. Actio, dem heut. Klagerecht, der Litiscontest. und der Singularsuccess. in Obligationen. (Erlangen, 1857). S. 178.

Digitized by Google

Es ist bisher nachgewiesen worden, daß die actio utilis eine eigene actio des Cessionars sei, nicht eine actio des Cedenten. Damit ist gesagt, daß der Cessionar für das Gericht Forderungsberechtigter geworden ist. Daraus allein folgt aber noch nicht, daß der Cedent für das Gericht aufgehört habe Forderungsberechtigter zu sein ... Die Cession als solche beraubt den Cedenten seiner actio noch nicht... Aber dieser Zustand dauert nicht immer, er hat eine Grenze. Er hört auf, sobald der Cessionar von seiner actio Besitz ergriffen hat. Dann ist er der einzig Berechtigte, die actio des Cedenten ist ausgeschlossen... Es ist also nicht die Abtretung der Forderung als solche, welche den Cedenten seiner actio beraubt, sondern die Abtretung in Verbindung mit der darauf erfolgenden Besitzergreifung des Cessionars (S. 143) .... Es steht hiernach fest, daß der Cessionar die ihm abgetretene actio nicht schon durch die Abtretung selbst, sondern erst durch die Besitzergreifung definitiv erwirbt (S. 145).... Nachdem der Cessionar sich in den Besitz der ihm abgetretenen Forderung gesetzt hat, ist die actio zur Geltendmachung derselben, wie dem Cedenten verloren, so ihm definitiv erworben. Die Actio ist nun von dem Cedenten auf ihn übergegangen. Das heißt mit andern Worten: für das Gericht ist das Recht übergegangen, für das Gericht hat sich eine Succession in das Recht vollzogen .... In diesem Zustande ist das Röm. Recht zu uns herübergekommen. Wir können zwischen Recht und Actio auch nicht mehr dem Namen nach unterscheiden. Dieser Gegensatz war bereits für die späteren Römer zu einer verklungenen Erinnerung zusammengeschrumpft... Für uns ist, was die Römer actio nennen, rechtlich anerkannter Anspruch, die actio auf Erfüllung einer Obligation Forderungsrecht. Wir sagen also: durch die Cession geht das Forderungsrecht über, und da wir Forderungsrecht und Obligation als gleichbedeutende Ausdrücke gebrauchen, auch: durch die Cession geht die Obligation über...

Weiterhin kommt der Verf. unter Beziehung auf eine Abhandlung von Musset (Zeitschr. für Civilr. und Proz. XII Nr. 12) auf seine Auffassung der denunciatio als einer „Besitzergreifung der Forderung" Seitens des Cessionars und Vergleichung derselben mit der quasitraditio zurück, und zieht daraus die Folgerungen: 1. daß die Denuntiation wesentlich durch den Cessionar geschehen müsse, und dieser nicht durch den Cedens ersetzt werden könne; 2. daß im Falle mehrmaliger Cession derjenige Cessionar vorgehe, welcher zuerst den Schuldner von der ihm gemachten Cession benachrichtigt hat; 3. daß der Cedent eine Denuntiation im eigentlichen Sinne (als „Perfection des Uebertragungsactes") nicht vornehmen, aber wohl, vor Bewirkung der Denuntiation Seitens des Cessionars, die Cession zurücknehmen und sich durch Benachrichtigung des Schuldners hiervon sicher stellen könne. In diesem Sinne könnte

Digitized by Google

man dann allenfalls sagen, daß auch der Cedent den Cessionar durch Denuntiation ausschließen könne.[1])

Mag nun auch jene der Doctrin angehörige Charakteristik der Denuntiation als einer „Inbesitznahme" des cedirten Forderungsrechts, falls sie nicht bloß im Sinne eines Gleichnisses gemeint sein sollte, als eine verfehlte zu bezeichnen sein, da der Besitzbegriff dem ganzen Obligationenrechte fremd ist,[2]) vielmehr die Denuntiation mit Kuntze wesentlich als „eine Besitzentsetzung des Cedens in Ansehung der ihm gebliebenen actio,"[3]) oder mit Muther[4]) als eine Warnung, ne creditori debitor solveret (l. 21 ad S. C. Treb. 36, 1), wodurch nun der Procurator in ein eigenes Verhältniß zum Debitor trat, aufzufassen sein, so ist doch der durch die ganze Darstellung Windscheid's sich hinziehende Grundgedanke als vollkommene Wahrheit anzuerkennen:

> daß das nicht schon mit der Cession gegebene obligatorische Verhältniß zwischen dem Cessionar und dem Schuldner nur durch die Selbstthätigkeit des Ersteren geschaffen werden kann.

Gehen wir nun nach diesen Erörterungen auf die Bestimmungen der neueren Gesetzbücher in Betreff dieses Punktes über, so finden wir bald, daß sie mit der hier verfochtenen Ansicht nicht überall im Einklang stehen.

Das Preußische Land-Recht Th. I Tit. 11 enthält folgende Vorschriften:

---

1) Mit diesen Sätzen erklärt sich Kuntze in Schletter's Jahrb. V. S. 10 einverstanden.

2) Vergl. Bähr a. a. O. S. 426, 427.

3) Kuntze in Schletter's Jahrb. V S. 8 sagt: „„Die denuntiatio bringt den Cedens zum Weichen, beraubt ihn der actio, so daß seine obligatio eine solche wird, „cui actio summota est," „quae exceptione perpetua sublata est," und beschließt so gewissermaaßen die ganze Operation des Cedirens, welche Ulp. in l. 1 § 1 D. de superf. (48, 18) dahin kennzeichnet: praestare actiones suas et cedere, genauer differencirt: praestare actionem utilem et cedere suae actioni: dies ist die Doppelseitigkeit der vollen Cessionsoperation.""

Derselbe bemerkt in seiner „Lehre von den Inhaberpapieren" S. 242 Note 5: „Die denuntiatio hat nicht die Bedeutung einer Besitzergreifung von Seiten des Cessionars, der vielmehr schon durch den Cessionsakt Besitz von der ihm bestellten actio ergreift, sondern die Bedeutung einer Besitzentsetzung des Cedenten, dem hierdurch seine actio genommen wird." — Diese Ausdrucksweise erscheint jedoch für das Obligationengebiet ebenso unpassend wie die Windscheid's. Es läßt sich hier nicht von einer Besitzentsetzung, sondern nur von der Entkräftung der dem Cedenten zustehenden actio sprechen.

4) a. a. O. (s. oben Seite 162 Note) S. 178.

Digitized by Google

§ 413. „So lange dem Schuldner die geschehene Cession noch nicht gehörig bekannt gemacht worden, sind alle zwischen ihm und dem Cedenten vorgefallenen Verhandlungen zu Gunsten des Schuldners gültig.“

§ 414. „Jede von dem Cedenten oder von Gerichtswegen erfolgte Bekanntmachung ist hinreichend, den Schuldner zu verpflichten, daß er sich über die abgetretene Forderung mit dem Cedenten nicht weiter einlasse.“

§ 415. „Geschieht aber die Bekanntmachung durch den Cessionarium, so muß dieser die Richtigkeit seiner Angabe, durch Vorzeigung des cedirten und gehörig überschriebenen Instruments. oder sonst, innerhalb dreier Tage bescheinigen.“

Schon die Stellung dieser Vorschriften läßt darüber keinen Zweifel, daß das Allg. Land-Recht die durch den Cedenten erfolgte Benachrichtigung des Schuldners als die einfachste und sicherste Art, den Letzteren dem Cessionar als dem neuen Gläubiger zu verpflichten, hat hervorheben und ihr die durch den Cessionar selbst zu bewirkende, an besondere Erfordernisse geknüpfte Bekanntmachung hat unterordnen wollen. — Es kann jedoch nicht anerkannt werden, daß dies der Natur des vorliegenden Verhältnisses entspricht. Die Thätigkeit des Cedenten ist mit dem Cessionsakte beendigt; er hat damit Alles gethan, was seinerseits erforderlich ist, um den Cessionar an seine Stelle treten zu lassen. Es ist daher, wie oben ausgeführt, Sache des Letzteren, mit dem Cessionsakte in der Hand, dem Schuldner als der nunmehrige Gläubiger gegenüber zu treten. Diese Selbstthätigkeit des Cessionars, die um so nothwendiger ist, als derselbe — wie Bähr. a. a. O. S. 417, 418 hervorhebt — durch seine Denuntiation nicht allein den Schuldner verpflichtet, den Dispositionen des Cedenten keine weitere Folge zu geben, sondern auch sich selbst anheischig macht, dem Schuldner für das Vorhandensein der Cession dem Cedenten gegenüber einzustehen, kann durch eine Handlung des Cedenten nicht ersetzt werden. Nur insofern läßt sich einer von dem Letzteren ausgehenden Benachrichtigung des Schuldners gleiche Wirksamkeit beilegen, wenn man denselben dabei als den Stellvertreter des Cessionars ansieht. Und in der That ist in dem oben angeführten § 414 insofern eine Hindeutung hierauf zu finden, als darin die vom Cedenten und die von Gerichtswegen erfolgte Bekanntmachung ganz gleichgestellt wird, der Richter aber dabei nur als Mittelsperson im Interesse des Cessionars handelt.

Wollte man die durch den Cedenten erfolgte Bekanntmachung als eine von ihm selbständig und aus eigenem Rechte vorgenommene Handlung auffassen, so ließe sich auch, so lange der Cessionar selbst noch keine Schritte gegen den Schuldner gethan, dem späteren Widerrufe einer

Digitized by Google

solchen Erklärung die Wirksamkeit nicht absprechen, sofern nicht darin ein dolus für den Schuldner erkennbar wäre.[1])

Den Bestimmungen des Preußischen Rechts schließt sich der Code civil an, welcher verordnet:

> art. 1691. „Si, avant que le cédant ou le cessionnaire eût signifié le transport au débiteur, celui-ci avait payé le cédant, il sera valablement libéré.“ [2])

Im Einklange damit steht auch der revidirte Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen von 1861, welcher die Vorschrift enthält:

> § 999. „So lange der Schuldner von der Abtretung der Forderung keine Kenntniß erhalten hat, kann er sich mit Wirksamkeit durch Erfüllung an den früheren Gläubiger und durch Vertrag mit demselben von seiner Schuld befreien. Ist der Schuldner weder durch das Gericht, noch durch den früheren oder neuen Gläubiger von der Abtretung benachrichtigt worden, so ist zu vermuthen, daß er von derselben keine Kenntniß erlangt hat.“ [3])

Das Oesterreichische bürg. Gesetzbuch dagegen läßt die Frage, wer den Schuldner von der Cession in Kenntniß zu setzen habe, unentschieden, indem dasselbe nur bestimmt:

> § 1395. „ . . . Der Schuldner ist, so lange ihm der Uebernehmer nicht bekannt wird, berechtigt, den ersten Gläubiger zu bezahlen, oder sich sonst mit ihm abzufinden.“

---

1) Vergl. Bähr a. a. O. S. 418, woselbst bemerkt ist: Wenn der ursprüngliche Gläubiger, welcher einmal früher erklärt hat, er habe seine Forderung cedirt, später in glaubhafter und unverfänglicher Weise versichert: „jene Erklärung sei verfrüht gewesen, es sei nicht zur Cession gekommen, und er selbst sei deshalb noch Gläubiger,“ so wird man nach Umständen den an ihn zahlenden Schuldner für befreit erachten dürfen. Die ganze Frage ist quaestio facti des concreten Falles.

2) Vergl. Zachariä von Lingenthal, Handb. des Franz. Civilrechts § 359 (5. Auflage). Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Berlin vom 9. Juli 1856 (Entscheid. B. 33 S. 311 f.).

3) Mit Recht erklärt Unger in seiner kritischen Besprechung des gedachten Entwurfes (Leipzig 1861) die letztere Bestimmung für unbefriedigend, indem er bemerkt (S. 82): „Was für eine Bedeutung soll diese Vermuthung haben? Ist sie als s. g. einfache Rechtsvermuthung zu verstehen, die durch den Beweis des Gegentheils entkräftet werden kann (§ 182), so daß der Cessionar den Beweis erbringen dürfte, der Schuldner habe in anderer Weise als durch das Gericht oder durch unmittelbare Benachrichtigung Kenntniß von der Cession gehabt? Oder ist ein solcher Beweis unzulässig, indem der § 999 etwa eine materielle Bedeutung haben soll und so zu verstehen ist, daß nur der Schuldner als benachrichtigt in rechtlicher Beziehung zu betrachten ist, an den die Denunciation auf die in § 999 vorgeschriebene Weise erfolgt ist? Für jede dieser beiden Interpretationen läßt sich Manches sagen, in beide Wege aber ist der Paragraph unklar gefaßt, was bei der praktischen Bedeutung, welche diese Frage hat, und bei der Verschiedenheit der Ansichten, welche im gemeinen Recht hierüber herrschen, lebhaft zu beklagen ist.“

Digitized by Google

§ 1396. „Dieses kann der Schuldner nicht mehr, sobald ihm der Uebernehmer bekannt gemacht worden ist...."

§ 4. Beschaffenheit der in Folge der Cession an den Schuldner zu erlassenden Bekanntmachung.

An die Frage nach der Person dessen, welcher dem Schuldner die Cession bekannt zu machen hat, knüpft sich die weitere Erörterung über der Beschaffenheit dieser Kundgebung.

Donellus com. de jure civ. Lib. XV cap. 44 spricht sich hierüber dahin aus:

.... creditori ad jus suum pristinum exsequendum res integra est, donec scilicet illi integra esse desinat. Desinit autem illi esse integra... facto et persecutione ejus, cui actio cessa est, simulatque suo jure usus aliquid fecit cum debitore, quod pertineret ad debitum obtinendum. Cujusmodi facta sunt tria, quae comprehensa sunt in l. 3 C. de novat.... Tertium, si vel tantum is, qui actionem accepit, significaverit debitori sibi actionem cessam esse, eique denuntiaverit, ut sibi solveret. Quod tamen sic intelligemus, si id ita significaverit novus creditor, ut debitorem ejus cessionis certiorem faceret, ut verba sunt l. 4 C. quae res pign. (8, 17*). Quae verba Bartolus recte sic accepit, ut si debitor non credat, probari ei oporteat cessionem, puta aut prolato instrumento ejus cessionis, aut honestis testibus, aut confessione ipsius creditoris.

Ebenso sagt Berger, oecon. jur. Lib. III tit. V th. V nota 6:

... Ceterum ad denuntiationem non sufficit sola instrumenti obligatorii productio, sed necesse est, ut debitori cesso etiam instrumentum cessionis ostendatur, ejusdemque exemplum detur, arg. l. 4 C. quae res pign., prout Fac. Vitemb. respondit M. Febr. 1691, itemque M. Aug. 1690.

In einem Erkenntnisse des Ober-Trib. zu Stuttgart vom 30. Januar 1845 wird ausgeführt:

Eine von dem Cedenten oder dem Cessionar dem Schuldner gemachte förmliche Anzeige von der Cession ist, auch ohne sofortige Nachweisung derselben, genügend, um zu bewirken, daß der Schuldner nicht mehr mit der Wirkung der Befreiung von seiner Verbindlichkeit an den alten Gläubiger zahlen könne.

Denn die Gesetze C. 3 de novat. (8, 42) und C. 4. quae res pign. (8, 17) sprechen bloß von denuntiare, certiorem facere debitorem, worunter man mehr nicht verstehen kann, als eine Anzeige oder eine Be-

---

*) „Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse, jam pridem placuit. Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti, ille, cujus nomen tibi pignori datum est, nisi ei, cui debuit, solvit, nondum certior a te obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore ejus probaveris, compelletur, quatenus tamen ipse debet.

Digitized by Google

kanntmachung der Abtretung an den Schuldner. Daß diese Anzeige eine glaubhafte sey, d. h. daß der Schuldner durch dieselbe von der Richtigkeit der angeblichen Abtretung überzeugt werden müsse, ist nicht erforderlich, indem es nicht von dem beliebigen Ermessen des abgetretenen Schuldners abhängen kann, ob er jener Anzeige Glauben schenken will oder nicht.

Noch weniger sagen die Gesetze, daß so lange nicht der Cessionar dem Schuldner den Beweis der Cession geliefert habe, jene Ankündigung von dem Schuldner gar nicht beachtet werden dürfe; das Gegentheil ergibt sich schon daraus, daß der Schuldner, sobald der Cessionar klagend gegen ihn aufgetreten ist, dem Cedenten nicht mehr Zahlung leisten darf, ungeachtet der Kläger nicht verbunden ist, sofort mit der Klage schon die Belege für die Abtretung der Forderung beizubringen.

Demnach wird der Schuldner durch jede von dem Cedenten oder dem Cessionar ihm förmlich, d. h. ausdrücklich gemachte Eröffnung von der geschehenen Uebertragung der Forderung, mag er dieser Eröffnung Glauben schenken oder nicht, verpflichtet, nicht an den Cedenten zu zahlen, bis ermittelt ist, wer der gegenwärtige Inhaber der Forderung sey.

Seuffert, Archiv B. 3 Nr. 156.

Desgleichen in einem Erkenntnisse des O. A. G. zu Wiesbaden vom 30. November 1855:

Was die Form der Benachrichtigung von einer stattgehabten Cession anbelangt, so ist solche gerade nicht auf die Vorzeigung der schriftlichen Cessionsurkunde zu beschränken; dieselbe hat vielmehr in einer Weise zu geschehen, daß in dem debitor cessus die Ueberzeugung entstehen muß, sein bisheriger Gläubiger habe seinem Rechte zu Gunsten des benachrichtigenden neuen Gläubigers entsagt.*) Sintenis, gem. Civilrecht II § 128.

Ebendas. B. 11 Nr. 31.

Am befriedigendsten ist wohl die Darstellung Bähr's. — In seiner Schrift „die Anerkennung als Verpflichtungsgrund" bemerkt derselbe (S. 178):

... Die verschiedenen Ansichten, ob eine glaubhafte (d. h. durch Beweismittel unterstützte) Bekanntmachung der Cession erforderlich sei (vergl. Pfeiffer, prakt. Ausf. VII S. 16. Seuffert, Archiv III Nr. 156) dürften dahin zu vereinigen sein, daß schon eine jede ernstliche Kundgebung genügt, um den Schuldner zu nöthigen, den Dispositionen des

---

*) So wird auch in einem Erkenntnisse des O. A. G. zu Dresden vom J. 1846 der Satz aufgestellt: Bei der certioratio des debitor cessus kommt Alles darauf an, ob Letzterer eine juridisch glaubwürdige Nachricht empfängt. s. Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle 1846 S. 161.

Vergl. auch die oben S. 157 Note 1 angeführte Abhandlung Muffet's, welcher in Betreff dieses Punktes ausführt: Keineswegs sei eine Denuntiation nöthig, welche eine vollkommene Ueberzeugung gewähren müsse. Vielmehr werde nur eine so bestimmte Anzeige erfordert, daß aus ihr der Schuldner das Wesentliche seines neuen Verhältnisses und was von ihm verlangt werde, kennen lerne. Sollte ihm jedoch die Wahrheit oder Gültigkeit der Cession zweifelhaft sein, so brauche er nicht eher Zahlung zu leisten, bis ihm gerichtlich oder außergerichtlich die Richtigkeit der angezeigten Thatsachen nachgewiesen sei. (Schletter's Jahrbücher II S. 7, 8.)

Digitized by Google

ursprünglichen Gläubigers keine Folge zu geben, wogegen der Schuldner verlangen kann, daß der Cessionar, will dieser selbst über die Forderung disponiren, ihm auch die zu seiner Sicherheit erforderlichen Beweismittel über die Cession verschafft.

Ausführlicher behandelt diesen Punkt der mehrgedachte Aufsatz Bähr's in v. Gerber's und Ihering's Jahrbüchern I. Nr. VIII. Der Verfasser sagt hier:

... Bei der Forderung tritt die Eigenthümlichkeit ein, daß — im Gegensatz zu dem dinglichen Anspruche, wo der Belangte, auch wenn er an einen Nicht-Berechtigten sich des Besitzes entäußert, der Regel nach frei wird — der Schuldner durch Leistung an einen Nicht-Berechtigten dem wahrhaft Berechtigten zu haften nicht aufhört. Der von einem Cessionar belangte Schuldner kann deshalb nicht allein verlangen, daß, damit er überhaupt zahle, der Cessionar seine Berechtigung ihm gegenüber, sondern auch, damit er nicht doppelt zahlen müsse, dieselbe im Verhältniß zum ursprünglichen Gläubiger nachweise; und beide Beweise fallen processualisch nicht ohne Weiteres zusammen. In der Verkennung des Umstandes, daß solchergestalt der Beweis der Sachlegitimation bei Forderungsrechten nach einer doppelten Seite hin zu wirken habe, liegt der Grund der herrschenden Mißlehre...... (S. 450).

Der Cessionar hat dem debitor cessus für seine Berechtigung an der Forderung einzustehen, namentlich dafür zu haften, daß nicht der ursprüngliche Gläubiger nochmals die Forderung mit Wirksamkeit einklage; einer etwaigen Klage des letzteren gegenüber aber die Vertheidigung des Schuldners auf seine Gefahr und Kosten zu übernehmen..... (S. 462).

Der Cessionar, wenn er — gerichtlich oder außergerichtlich — vom debitor cessus Zahlung in Anspruch nimmt, ist verbunden, den Forderungsübergang auf ihn liquid zu stellen, oder, wenn er das nicht vermag, materielle Sicherheit dafür zu leisten, daß der Schuldner nicht nochmals wegen der Schuld in Anspruch genommen werde. Schon bei der Denunciation würde streng genommen der Schuldner diese Sicherheitsleistung insoweit begehren dürfen, als er Gefahr läuft, von dem ursprünglichen Gläubiger belangt und dadurch mit Kosten belastet zu werden. Die Geringfügigkeit dieses Interesses, sowie das Vertrauen, welches im Verkehr herrscht, wird in der Regel dahin führen, daß ein solches Begehren unterbleibt; und dann darf der Schuldner die auch ohne genügende Sicherstellung erfolgte Denunciation keinenfalls ignoriren.*) Sobald aber der Cessionar reelle Zahlung begehrt, muß er sich bereit finden lassen, jene Sicherheit zu leisten.

*) Ich halte es daher für eine völlig genügende Denunciation, wenn z. B. der Cessionar dem Schuldner brieflich mittheilt, daß ihm die Forderung cedirt sei, und daß es dem Schuldner frei stehe, die Cessionsurkunde bei ihm einzusehen; vorausgesetzt, daß der Schuldner hierauf stillschweigt und eine alsbaldige Nachweisung nicht begehrt. — Wo der Schuldner nicht traut, wird er wenigstens wohl thun, sich vom Cessionar darüber, daß er die Forderung in Anspruch nehme, eine Bescheinigung geben zu lassen. Diese Bescheinigung enthält stillschweigend eine cautio defensum iri.

Digitized by Google

Zur Liquidstellung der Cession werden — da Zeugen nur ein unsicheres, relativ wirkendes Beweismittel abgeben, der Eid aber in dieser Beziehung völlig bedeutungslos ist — nur eine die Cession selbst oder ein Anerkenntniß derselben von Seiten des Cedenten*) enthaltende Urkunde, und zwar in der Regel nur eine öffentliche Urkunde (einschließlich einer Erklärung ad acta) für geeignet zu halten sein. Die öffentliche Urkunde ist ein so stringentes Beweismittel, daß man sie als objectiven Beweis erbringend ansehen darf. Die eventuell zu leistende materielle Sicherheit erfolgt, wenn der Cessionar nicht seine Solvenz genügend nachweisen kann, durch Bürgen oder Pfandbestellung. Eine Form derselben ist es auch, wenn der Cessionar bis zu erfolgter Liquidstellung der Cession, statt Zahlung, die gerichtliche Deposition der Schuld auf seine Kosten geschehen lassen zu wollen erklärt.

Uebrigens wird der Schuldner verlangen dürfen, daß ihm das Cessionsinstrument nicht blos vorgewiesen, sondern im Original oder beglaubigter Abschrift (auf Kosten des Cessionars) eingehändigt werde, resp. daß ihm der Cessionar über seine Haftverbindlichkeit eine glaubhafte Urkunde zustelle. Bis dahin, daß dem Schuldner solchergestalt volle Sicherheit geleistet ist, darf er die Zahlung zurückhalten, oder, wenn er sich dem Cessionar gegenüber davon frei machen will, gerichtlich deponiren.

Fragen wir, wie sich die hier besprochene Pflicht des Cessionars, dem Schuldner die Cession zu garantiren, zu der processualischen Pflicht desselben, die Cession zu beweisen, verhalte: so fällt freilich da, wo der Cessionar die Cession liquid stellt, Garantie und Beweis derselben zusammen. Wo dagegen der Cessionar in Ermangelung objectiven Beweises zu einer materiellen Sicherheitsleistung seine Zuflucht nimmt, da wird er durch solche von dem processualischen Beweise der Cession keineswegs frei. Auch muß dieser Beweis ein vollständiger sein. Nur kann er hierzu Beweismittel jeder Art benutzen; und insofern ist es richtig, daß die Cession auch durch Eidesdelation erwiesen werden kann. Diese Verhältnisse, namentlich also den Unterschied zwischen Beweis und Garantie der Cession, hat man sich meistens nicht klar gemacht, wenn man darüber stritt, wie die Cession zu beweisen sei (S. 462—465).

Von den neueren Gesetzgebungen interessirt uns hier nur die Preußische, da sie allein nähere Vorschriften über den besprochenen Punkt enthält. Vor Allem kommt die dem Preußischen Recht eigenthümliche Bestimmung der §§ 394, 395 Tit. 11 Th. I des A. L. R. in Betracht:

§ 394. „Wird eine Schuldforderung, worüber briefliche Urkunden vorhanden sind, cedirt, so muß auch die Cession allemal, ohne Unterschied der Summe, schriftlich erfolgen."

§ 395. „Der Schuldner kann nur einem solchen Cessionario mit Sicherheit zahlen, welcher sich durch den Besitz des Instruments und einer schriftlichen auf ihn gerichteten Cession zugleich legitimirt."

*) Beide Formen sind identisch; auch in der urkundlichen Anerkennung der Cession als bereits geschehen tritt der Wille zu cediren, mithin eine wiederholte Cession zu Tage.

Digitized by Google

Denn hiermit ist jede andere Beweisführung über die erfolgte Cession ausgeschlossen.

Im genauen Zusammenhange mit diesen Vorschriften steht der § 415 a. a. O.:

„Geschieht aber die Bekanntmachung durch den Cessionarium, so muß dieser die Richtigkeit seiner Angabe, durch Vorzeigung des cedirten und gehörig überschriebenen Instruments, oder sonst, innerhalb dreier Tage bescheinigen (§ 394 ff.)."

woran sich die weiteren Bestimmungen anreihen:

§ 416. „Wird diese Frist nicht inne gehalten, und der ursprüngliche Inhaber der Forderung leugnet die Richtigkeit der vorgeblichen Cession, so kann der Schuldner gültige Verhandlungen über die Forderung mit Letzterem vornehmen."

§ 417. „Doch sind alle Verhandlungen zwischen dem Cedenten und Schuldner, nach wirklich erfolgter Cession, ungültig, wenn klar erhellt, daß der Schuldner die Cession gewußt, und nur um seinen Vortheil mit dem Schaden des Cessionarii zu befördern, in diese Verhandlungen sich eingelassen habe."

Diese Vorschriften sind an sich klar und auch dem praktischen Bedürfniß entsprechend, indem sie das Interesse der betheiligten Personen zureichend wahren. — Uebrigens ist noch auf die genaue Verbindung des § 417 mit den unmittelbar vorhergehenden §§ 415, 416 aufmerksam zu machen. Denn es ergibt sich hieraus klar, daß der § 417 immer den Fall einer von dem Cessionar selbst dem Schuldner über die Cession gemachten, jedoch den §§ 415 und 416 nicht entsprechenden, Anzeige im Auge hat, und daher keineswegs die Streitfrage entscheidet:

ob eine jede irgendwie erlangte Kunde von der Cession den Schuldner verpflichte, sich über die abgetretene Forderung mit dem Cedenten nicht weiter einzulassen.*)

§ 5. Surrogate der förmlichen Benachrichtigung des Schuldners von der erfolgten Cession.

Ueber diesen Punkt spricht sich Bähr a. a. O. S. 420 dahin aus:

Der dargelegte Gesichtspunkt, daß es sich hier nur um Schutz der bona fides des Schuldners handelt, giebt auch den sicheren Anhaltspunkt für die Entscheidung der Frage ab, welche Thatsachen als Surrogat einer Denunciation des Cessionars gelten können. In c. 3 de novat. selbst ist ein

*) In Betreff dieser Streitfrage ist zu verweisen auf: Donellus com. de jure civ. Lib. XV cap. 44. Glück, Comment. B. 16 S. 422—427 und die daselbst angeführten Schriftsteller. Mühlenbruch, Cession § 47. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik B. II Abth. 2 S. 128, B. III S. 255. Bähr a. a. O. S. 416 f.


Digitized by Google

solches Surrogat mit den Worten bezeichnet: vel aliquid ex debito accipiat. Man wird aber hierbei nicht stehen bleiben, vielmehr sagen müssen: jede Anerkennung des Cessionars als solchen, d. h. jede Thatsache, durch welche der Schuldner dem Cessionar zu erkennen giebt, daß er ihn bereits als seinen Gläubiger betrachte, enthebt diesen einer besonderen Kundgebung von der Cession. Dahin wird also auch eine Bitte um Friststattung, das Angebot eines Vergleichs rc. zu rechnen sein. Hat der Schuldner sich auf diese Weise zu dem Cessionar gestellt, so kann er — wenn auch seine Kunde von der Cession eine minder sichere sein sollte — nicht mehr ohne Weiteres den Dispositionen des Cedenten über die Forderung Folge geben; es entspricht der bona fides, daß er mindestens, wenn ihn der Cedent angreift, dem Cessionar Anzeige mache, damit dieser seine Rechte wahren könne.*)

Niemals aber kann ein bloßes Stillschweigen des Schuldners auf eine ungenügende Anzeige des Cessionars die gehörige Kundgebung vertreten. Mit Recht hat daher das Ober-Tribunal zu Berlin in dem Erkenntnisse vom 29. September 1859 den Satz angenommen:

Dem cedirten Schuldner liegt nicht ob, auf eine unbescheinigte Anzeige eines Cessionars und dessen auf Erfüllung gerichtetes Verlangen eine Erklärung abzugeben; sein Stillschweigen ist daher nicht als die rechtlich verbindende Einwilligung in ein obligatorisches Verhältniß zwischen ihm und dem Cessionar zu erachten."

Striethorst's Archiv B. 34 S. 266 f.

Dagegen leidet es kein Bedenken, daß die von dem Cessionar, unter gehöriger Nachweisung seiner Sachlegitimation, gegen den Schuldner in Folge der Cession einer bereits fälligen Forderung angestellte Klage die besondere Denuntiation vertritt.

Bähr a. a. O. S. 421, 422 bemerkt hierüber:

Eine selbständige, vorgängige Denunciation ist nicht Bedingung der vom Cessionar zu erhebenden Klage. Da, wo die Schuld ohne Mahnung fällig wird (d. h. wo der Schuldner das Geschuldete dem Gläubiger zu bestimmter Zeit bringen muß), oder wo der Cedent selbst die Schuld bereits eingemahnt hat, kann der Cessionar lediglich auf den Grund hin, daß der Schuldner dem Cedenten nicht gezahlt habe, Klage erheben, ohne daß der Schuldner entgegensetzen kann, die Cession sei ihm nicht bekannt gemacht. Wo dagegen für die Klagerhebung eine Mahnung erforderlich und diese nicht bereits vom Cedenten bewirkt ist: da muß der Cessionar noch die Mahnung vornehmen, und hierbei, um sich als richtigen Mahner auszuweisen, zugleich die Cession dem Schuldner glaubhaft anzeigen, insofern er sich nicht auf eine anderweite Kunde des Schuldners von der Cession berufen kann. Die Denunciation bildet daher nur als Qualification der Mahnung eine Bedingung der Klagerhebung; das Erforderniß beider geht Hand in Hand.

*) Vergl. auch die Abhandlung Jahrg. III S. 33 f. dieser „Beiträge."


Digitized by Google

Diese Ausführungen werden nur in einem Punkte einer Berichtigung bedürfen. Allerdings ist das Klagerecht des Cessionars nicht durch eine vorgängige Denuntiation in dem Sinne bedingt, daß der Schuldner, gestützt auf seine bisherige Unkenntniß von der Cession, die Zurückweisung der Klage zur Zeit mit Erfolge Rechtens beantragen könnte. Wohl aber müssen dem Kläger, wenn der Schuldner nach der Klagebehändigung sofort Zahlung leistet, die Prozeßkosten zur Last fallen, da die an den Verklagten erlassene Ladung alsdann nur die Bedeutung einer „von Gerichtswegen erfolgten Bekanntmachung" der Cession*) hat, die immer nur auf Kosten des Cessionars erfolgen kann. Daß bei der hier vorausgesetzten Fälligkeit der cedirten Forderung der Schuldner zur Zeit der Klageanstellung dem Cedenten gegenüber sich bereits im Verzuge befand, entscheidet nichts, da dieser Verzug dem Cessionar gegenüber keine Rechtsverletzung enthielt. Dem Letzteren, als dem nunmehrigen Forderungsberechtigten, konnte der Schuldner nicht eher Zahlung leisten, als bis er von der Cession in Kenntniß gesetzt war. Es bedurfte daher erst der Klagebehändigung, um in Beziehung auf den *Cessionar* seine Zahlungspflicht zu begründen.

*) Vergl. § 414 Tit. 11 Th. I des Allg. Land-Rechts.

Nr. 7.

Präjudiz und Verjährung.

Von dem Gerichts-Assessor Siegmund Loewy in Berlin.

I. Aufhebung der Wechselverbindlichkeit ohne Erfüllung.

Das Civilrecht legt einer Reihe von Thatsachen ein solches Gewicht bei, daß bei deren Vorhandensein eine Obligation auch ohne Erfüllung, gleich oder ähnlich dieser, bald ipso jure, bald ope exceptionis aufgehoben wird. Das Wechselrecht, obwohl in mannigfacher Beziehung vom Civilrecht abweichend, macht hierin nur so weit eine Ausnahme, als es diese Thatsachen nur als exceptiones personae cohaerentes für geeignet hält, der Art, daß sie nur von gewissen Personen und auch nur gewissen Personen gegenüber zur Geltung gebracht werden können. Durch sie wird demnach nicht die Wechsel-Obligation, sondern nur das Recht, resp. die Verpflichtung einer bestimmten Person alterirt.[1])

1) Art. 82 der D. W. O. in den Worten: „oder ihm" — dem Verklagten — „gegen den jedesmaligen Kläger zustehen."

Digitized by Google

In dieser Beziehung nehmen jedoch drei dem Civilrecht theils gar nicht, theils nur dem Namen nach bekannte Fälle eine exceptionelle Stellung ein, indem sie die Wechsel-Obligation selbst bald ganz, bald zum Theil afficiren, mithin eine s. g. wechselrechtliche Einrede gewähren. Dahin gehören:

1. der gänzliche Verlust des Wechsels. Die Amortisation desselben gibt nur ein Recht gegen den Acceptanten und auch gegen diesen nur dann, wenn der Wechsel nicht ein domicilirter mit benannten Domiciliaten gewesen.[2]) Die Regreßpflichtigen, also auch die Ehrenacceptanten,[3]) sind frei, mag der Wechsel bereits acceptirt, oder protestirt, oder Beides zugleich gewesen oder nicht.[4])
2. Die Verjährung. Diesem auch im Civilrecht anerkannten Aufhebungs-Modus liegt hier ein anderes Motiv zu Grunde. Denn während sonst die Exception Verjährung als poena negligentiae aufgefaßt wird, und deshalb auch der Grundsatz gilt: agere non valenti non currit praescriptio, ist im Wechsel-Institut die Rücksicht auf den Schuldner ganz besonders von Gewicht. Daher hier die kürzeren Verjährungsfristen; daher ferner die Nutzlosigkeit der Klageanmeldung. Denn diese würde nur den Vorwurf der negligentia auf Seiten des Gläubigers beseitigen, nicht aber dem Schuldner Gelegenheit bieten, sich über seine Vertheidigungsmittel auszulassen.[5])

---

2) cf. Erk. des Ober-Appell.-Ger. zu Dresden v. 20. December 1853; Ackermann's Rechtsf. Neue Folge. Bd. IV S. 342 u. Arch. f. W. R. Bd. IV S. 434.

3) Erk. des Appell.-Ger. zu Hamburg v. J 1850; Arch. f. W. R. Bd. I S. 47.

4) Die entgegengesetzten Ansichten von Koch in seinem W. R. Zus. III zu Art. 73, Bluntschli's W. R. Zus. IV zu demselben Art., so wie Jolly's im Arch. f. W. R. Bd. 4 S. 21 ff. u. Thöl's Handelsr. II § 290 sind theils an sich unrichtig, theils gegen die Geschichte und die Bestimmungen der D. W. O. Das Ausführlichere hierüber an einem andern Orte. cfr. Verhandlungen des Staatsraths zu § 73 des vorletzten Pr. Entw. S. 40.

5) Daß im W. R. der Grundsatz agere non valenti non currit praescriptio nicht gilt, ergibt der Art. 80 der D. W. O., welcher die Insinuation der Klage, mithin eine Handlung fordert, welche nicht in der Gewalt des Berechtigten liegt. Hält man die beiden zur Unterbrechung der Verjährung erforderlichen Momente: die Abwesenheit der negligentia auf der einen und die durch den Gläubiger dem Schuldner gebotene Gelegenheit, sich über den Wechsel-Anspruch auszulassen, fest im Auge, so erledigt sich die in neuerer Zeit entstandene Controverse, welche Mittel der Gläubiger eines in Gant gerathenen Wechselschuldners Behufs Unterbrechung der Verjährung nach denjenigen Gesetzen zu ergreifen habe, die, wie dies beispielsweise nach der Pr.

Digitized by Google

3. Das Präjudiz. In der Handelswelt versteht man unter diesem Ausdrucke: Garantie, Verbindlichkeit. Bei kaufmännischen Empfehlungen wird mit den Worten: „ohne mein Präjudiz" die Ablehnung der Bürgschaft für die Zahlungsfähigkeit des Empfohlenen angedeutet und endlich beim Indossament vertritt diese Bemerkung die Stelle „ohne Obligo."[6]) Als Aufhebungsgrund einer wechselrechtlichen Verbindlichkeit versteht man unter Präjudiz den wechselrechtlichen Nachtheil, welcher durch Unterlassung oder ungehörige Vornahme einer im Wechselrecht vorgeschriebenen Handlung für den Inhaber entsteht. Das Präjudiz ist immer eine Folge der gar nicht oder nicht gehörig geschehenen Protestaufnahme. Denn der Protest und der Wechsel bilden den Regreß zusammen, was der Wechsel allein dem Hauptschuldner gegenüber bewirkt: er ist ein Theil der zum Rückgriff erforderlichen Wechselform.[7])

Diese drei Fälle haben das Gemeinschaftliche, daß sie die Wechsel-Obligation selbst afficiren und insofern nicht nur wie Zahlung, sondern noch bei Weitem stärker als diese wirken, da Letztere nicht den Wechsel, sondern nur das Recht des Inhabers und auch dies nur unter Umständen[8]) tangirt.

Einen Differenzpunkt gibt es jedoch, wodurch die beiden zuletzt erwähnten Aufhebungsgründe sich von dem erstern unterscheiden und hierdurch stehen sie der Wirkung der Zahlung nach, den nämlich: daß das Präjudiz und die Verjährung nicht die Forderung ganz und gar vernichten oder bis auf eine naturalis obligatio reduciren, sondern noch

---

Conc.-Ordn. der Fall ist, während des Concurses eine Klage gegen den Letzteren für unzulässig erklären? Nach meinem Dafürhalten muß der Wechselinhaber jedenfalls das und soviel thun, als und in so weit er den Vorwurf der negligentia beseitigen kann. Daß er nicht nachlässig gewesen, beweist er durch Anmeldung seiner Forderung zum Concurse. Daß dem Schuldner die Klage nicht insinuirt werden kann, betrifft das zweite, zu Gunsten des Letzteren erforderliche Moment. Die Unmöglichkeit dasselbe wahrnehmen zu können, verschuldet der Schuldner und nicht der Wechselinhaber. Ganz unrichtig scheint mir die vom Ober-Tribunal in Berlin abweichend von seiner frühern Ansicht angenommene Meinung, daß der Concurs an sich schon die Verjährung unterbreche.

6) cfr. Gelpcke Beiträge zur Kenntniß des Handelsrechts Heft I: Präjudiz und Verjährung.

7) Daß diese Förmlichkeit durch einen auf dem Wechsel vermerkten Erlaß nicht beobachtet zu werden braucht, daraus folgt noch nicht, daß der Protest ein Beweismittel sei.

8) Das Ausführlichere hierüber an einem andern Orte.

Digitized by Google

eine Klage wegen Bereicherung zurücklassen.[9]) Daß auch dieser Anspruch mit dem Verlust des Wechsels gegen den Aussteller wegfällt, darüber weiter unten.

II. Wirkung des Präjudizes und der Verjährung.

In den älteren Wechselordnungen werden die Wirkungen dieser Aufhebungsgründe nur bis zu einem gewissen Punkte und zwar in negativer Beziehung gleichmäßig behandelt. Man war nämlich darin einig, daß beide Thatsachen die Wechselkraft vernichten. Hingegen stellte sich eine Differenz zwischen beiden bei der Beantwortung der Frage bezüglich der positiven Folgen des untergegangenen Wechsels ein, der Frage nämlich: welche Rechte dem Inhaber des präjudizirten und verjährten Wechsels noch verbleiben? Während fast allgemein anerkannt worden, daß mit dem Eintritt des Präjudizes auch alle früheren, dem Wechselzuge unterliegenden Ansprüche erloschen seien, und nur die Klage wegen Bereicherung übrig bleibe, war man bezüglich der Verjährung der Ansicht, bald daß durch dieselbe nur die prozessualische Wechselstrenge beseitigt, im Uebrigen aber der Wechsel nur zu einem Schuldschein degradirt werde, bald daß der Anspruch aus dem dem Wechsel unterliegenden Verhältnisse wieder auflebe.[10])

Die Deutsche Wechselordnung stellt die Wirkung beider Erlöschungsgründe auf eine und dieselbe Linie. Man sollte füglich meinen, daß hierdurch der früher zwischen beiden gemachte Unterschied weggefallen, daß also aus dem präjudicirten und verjährten Wechsel immer, vorausgesetzt, daß nicht etwa dolus vorliegt, nur die Bereicherungsklage zulässig sei. Auch das in diesem Artikel gebrauchte Wörtchen „nur“ weist auf die Ausschließung jeder andern Klage zur Genüge hin. Daß der Gesetzgeber in der That mit diesem Ausdrucke jedes andere Recht des Inhabers hat ausschließen wollen, ergibt die Geschichte des gedachten Artikels, insbesondere bestätigen dies die Verhandlungen der Commission des Staats-Raths,[11]) nach deren Principien der letzte Preußische Entwurf bearbeitet worden. Der demselben unmittelbar vorangegangene Entwurf hatte nämlich im § 83 die wörtlich dahin lautende Bestimmung:

---

9) Art. 83 der D. W. O.

10) Treitschke, Encyclop. des W. R. Bd. I S. 38. 44. 388. 397 Bd. II S. 57—72. 400—409, 578—598, 616—643, Thöl, Handelsrecht Bd. II §§ 220, 221 und 303; A. L. R. II. 8. §§ 974, 1015, 1054, 1063, 1080, 1209; A. G. O. § 55 I. 27.

11) cfr. § 83 des vorletzten Pr. Entw. S. 58, 59.

Digitized by Google

„Ist die wechselmäßige Verbindlichkeit durch Verjährung oder Versäumniß der Vorschriften des Wechselrechts erloschen, so bleibt derselbe dem Eigenthümer des Wechsels soweit als der Schuldner sich mit dessen Schaden bereichern würde, in dem sonst zulässigen Prozeßverfahren verhaftet.“

Bei Berathung dieses Paragraphen wurde von einem Mitgliede der Commission bemerkt (a. a. O.):

„Es könne wohl nicht die Absicht sein zu bestimmen, daß ein Wechselschuldner nur allein in dem Falle in ordinario verpflichtet bleiben solle, wenn er sich mit dem Schaden des Eigenthümers des Wechsels bereichert habe; vielmehr scheine es in der Natur der Sache zu liegen, daß der Wechselgläubiger in ordinario immer auf das ursprüngliche der wechselmäßigen Erklärung zu Grunde liegende Contractsverhältniß müsse zurückgehen, ohne daß es zur Begründung dieser letztern Klage des Nachweises der Bereicherung bedürfe. Es scheine deshalb erforderlich, den § 83 zu modificiren, sofern man es nicht vorziehe, sich jeder positiven Bestimmung zu enthalten und es bei den hier zur Anwendung kommenden allgemeinen Grundsätzen zu belassen oder auf dieselben ausdrücklich zu verweisen.“

„Die Majorität der Versammlung war jedoch der Meinung, daß der § 83, welcher mit dem § 974 des A. L. R. und den übrigen Wechsel-Ordnungen übereinstimme, an und für sich richtig und seine Beibehaltung nothwendig sei. Der Eigenthümer eines Wechsels, so wurde bemerkt, könne auf ein früheres Contractsverhältniß nicht zurückkommen und es bleibe ihm für das ordinarium nur die reine versio in rem.

Ein durchgreifender Grund hierfür liege im Wesen des Wechselverhältnisses selbst, der Wechselschuldner müsse für die Zahlung einstehen, allein nur unter der Bedingung, daß der Eigenthümer nichts versäume. Die Ausstellung oder Weiterbegebung des Wechsels sei nun eine Art der Novation. Auf ein früheres Rechtsverhältniß könne der Eigenthümer schon deshalb nicht zurückkommen, weil ihm der Wechselschuldner mit Recht excipiren könne, daß er ihn durch seine Versäumniß um sein Recht gebracht habe, und es nicht zu ermessen ist, wie sich die Sache gestaltet haben würde, wenn der Eigenthümer seine Verbindlichkeiten rechtzeitig erfüllt hätte.“

„Demgemäß soll der § 83 beibehalten, jedoch in der dritten Zeile vor „soweit“ das Wort „nur“ eingeschaltet werden, um dadurch noch deutlicher auszusprechen, daß der hier vorausgesetzte Fall der einzige sei, in welchem der Eigenthümer eines verjährten Wechsels auf einen Verpflichteten zurückgehen könne.

Es kann zugegeben werden, daß die Commission des Staatsraths darin einen Irrthum begangen, indem sie bezüglich der Ausschließung jeder andern als der actio in factum sich auf das Allg. Land-Recht stützen zu können vermeint. Denn das ältere Preuß. Recht erkennt dieses Princip nur rücksichtlich des präjudicirten, nicht aber des ver-

Digitized by Google

jährten Wechsels an.[12]) Jedenfalls ist die in der gedachten Commission beliebte Gleichstellung beider Erlöschungsgründe im § 75 des letzten Pr. Entwurfs zum Gesetz formulirt und durch Art. 83 der Deutschen Wechselordnung mit der Maaßgabe sanctionirt, daß die Bereicherungsklage nur auf den Aussteller und Acceptanten beschränkt worden.[13]) Hieraus folgt zur Genüge, daß der präjudicirte und verjährte Wechsel ein Zurückgehen auf das ursprüngliche Geschäft nicht gestattet. Dies ist auch bezüglich der Verjährung von dem Ober-Gericht zu Wolfenbüttel ausgesprochen worden.[14])

Nichts desto weniger stößt man noch jetzt auf Versuche, welche für die Deutsche Wechselordnung nicht blos einen Unterschied in den Rechten des Inhabers aus einem präjudicirten und verjährten Wechsel machen,[15]) sondern selbst die nach dem Allg. Land-Recht in Geltung gewesene Regel, daß der präjudicirte Wechsel nur noch die Bereicherungsklage gestattete, auf gewisse Fälle zu beschränken.[16])

Gehen wir dieser nach unserem Dafürhalten für die Deutsche Wechselordnung erledigten Frage auf den Kern, so handelt es sich darum: Wie verhält die Eingehung einer Wechselverbindlichkeit sich zu dem Geschäfte, welches Veranlassung zu derselben gewesen? Selbstverständlich kann nur dann die Frage aufgeworfen werden, wenn die Parteien nicht ausdrücklich vorbedungen haben, daß der Wechsel Zahlungsstatt oder Zahlungshalber gegeben und angenommen werden sollte. Die verschiedenen Ansichten, welche sich bisher geltend gemacht haben, sind:

1) die Ausstellung, Acceptirung oder Begebung von gezogenen Wechseln sei Zahlung. Einert, W. R. S. 51 ff. Diese Wirkung soll jedoch dem eignen Wechsel nicht beigelegt werden, weil derselbe, wenn auch an sich dem der Tratte gleichstehend, durch die Anwendung zurückgedrängt worden und seine Fähigkeit als merkantilisches Zahlungsmittel zu dienen für alle Zeiten verloren habe.[17])

---

12) cfr. oben Anm. 10.

13) Leipz. Conf. Prot. Sitz. XXVIII S. 192 ff.

14) Erk. v. 28. Januar 1854; Arch. f. W. R. Bd. V S. 331 ff., cfr. auch Fick ibid. Bd. VI S. 26. Bd. VII S. 129 ff.

15) Renaud § 88; Siebenhaar, Arch. f. W. R. Bd. I S. 165 ff. Erk. des Appell.-Ger. in Leipzig vom Jahre 1854 ebendas. S. 357, Erk. des Appell.-Ger. zu Cöln v. 30. Juni 1857, Rhein. Arch. Bd. 53 S. 34.

16) Siebenhaar a. a. O., Günther a. a. O. Bd. IV S. 129 ff., Erk. des Ob.-Trib. v. 31. October 1854, 12. October 1857 und 7. Juni 1859 (Entsch. Bd. XXIX S. 192; Strieth., Arch. Bd. XIV S. 304; Bd. XXXII S. 47.

17) W. R. S. 465, Sächs. Entw. Art. XIV, cfr. auch dessen Abhandlung im Arch. f. W. R. Bd. II S. 369 ff.

Digitized by Google

Hiermit stimmt Brauer (W. R. S. 12 ff.) im Ganzen überein. Diese auf der Ansicht beruhende Theorie, der Wechsel sei kaufmännisches Papiergeld, ist unhaltbar und mannigfach widerlegt.[18]) Hiermit fällt auch die hieraus gezogene Consequenz. So weit sie aber einen Unterschied zwischen trockenen und gezogenen Wechseln macht, paßt sie für die Deutsche Wechselordnung gleichfalls nicht.

2) Bei Weitem verbreiteter ist die Ansicht, in dem Wechselgeschäft liege eine privative Novation. Dies behauptet schon Treitschke (l. c. sub voce „Begebung" § 5 Bd. I S. 153 und „Wechselcontract" § 7 Bd. II S. 693) ohne die Inconsequenz zu scheuen, indem er behauptet, daß der Inhaber, wenn der Wechsel mit Protest zurückkomme, entweder aus dem Vertrage oder aus dem Wechsel zu klagen berechtigt sei. Wäre dies richtig, dann könnte in der That von einer privativen Novation nicht die Rede sein. Consequenter in dieser Theorie sind Gelpcke,[19]) Kuntze,[20]) Hoffmann,[21]) Ladenburg[22]) und Unger,[23]) ferner die Gutachten der Handelskammer in Frankfurt,[24]) ebenso die Erkenntnisse des höchsten Gerichtshofes zu Wien und des Hofgerichts in Baden.[25])

Derselben Ansicht schlossen sich früher das Ober-Tribunal in Berlin[26]) sowie die obersten Gerichtshöfe von Wien,[26a]) Dresden[26b]) und Stuttgart[26c]) unbedingt an.

18) cfr. unsere Abhandlung: Begriff und Charakter des Wechsels in der Zeitschr. für das gesammte Handels-Recht Bd. II S. 552 ff.

19) Beiträge zur Kenntniß des Handels- und Wechselrechts Heft I: Präj. und Verj. S. 21.

20) Die Obligation und die Singular-Succession Note 2.

21) Im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. I S. 44.

22) Nicht ohne Widerspruch mit seiner älteren Ansicht cfr. dessen Aufsatz im Arch. f. W. R. Bd. I S. 46 im Gegensatz zu dessen Ausführungen in demselben Arch. Bd. V S. 122 ff. u. im Arch. für prakt. R.wissenschaft Bd. VII S. 1 ff.

23) Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere S. 24 ff.

24) Herausgegeben von Malß S. 28—44 vom Jahre 1854.

25) Archiv für Wechselrecht Bd. III S. 331, Bd. V S. 130.

26) Erkenntn. vom 28. October 1851 und vom 22. und 25. November 1856, Strieth. Arch. Bd. IV S. 67, Bd. XXII S. 324, Archiv für Wechselrecht Bd. III S. 197.

26a) Erk. vom Jahre 1851 und vom 10. December 1856 (Oesterr. Gerichts-Zeitung pro 1852 Nr. 18 und pro 1857 Nr. 20 und 146).

26b) In den Erkenntnissen vom Jahre 1851, vom 18. Februar und 23. August 1853, vom 12. December 1855 und 25. Februar 1859 (Arch. für W. R. Bd. IV S. 138 und 146; Sächs. Zeitschr. für Rechtspflege und Verwaltung. Neue Folge Bd. XII S. 475, Bd. XIII S. 336). cfr. auch die Erkenntnisse desselben Gerichtshofes vom 12. Februar 1859 (Annalen des Sächs. Ober-Appell.-Ger. Bd. 1 S. 24).

26c) Erk. v. 1. Juni 1849 Seuffert, Arch. Bd. VII S. 116.

Digitized by Google

Wie gegenwärtig dieser Gerichtshof sich zu der in Rede stehenden Frage verhält, ist bei den mannigfachen Schwankungen nur schwer festzustellen möglich. Als Modificationen dieser Regel werden angenommen:

a) wenn ein eigner Wechsel über eine Schuld ausgestellt und über die letztere nicht quittirt wird.[27]) Motivirt wird diese Ausnahme durch zwei der Widerlegung nicht bedürfende Gründe. „Der trockene Wechsel" — so heißt es — „über eine schon bestehende Schuld ist seinem Wesen nach nur ein wiederholtes, strengeren Formen nur unterworfenes Zahlungsversprechen, ein Schuldschein" (!)

Der Wechsel ist sonach, und auch dies spricht das Ober-Tribunal gradezu aus, als ein Accessorium der Forderung behandelt. Hiermit ist der trockne Wechsel aus der Reihe der Wechsel verbannt. Wie sich die ganze Auffassung zu der Deutschen Wechselordnung verhält, darüber bedarf es keiner weiteren Auseinandersetzung. Ueber den zweiten Entscheidungsgrund[28])

b) wenn der Wechsel noch nicht begeben worden.[29]) Als Novation könne das Wechselgeschäft deshalb nicht angesehen werden, weil nach der Deutschen Wechselordnung dem Verklagten die Einreden aus dem ursprünglichen Geschäft entgegengestellt werden können.

Diese Argumentation leidet an einfachen Uebeln. Denn sie beweist mehr als dem Tribunal wünschenswerth ist und geht von einem Satze aus, der erst bewiesen werden muß. Ist das einfache Geben oder Ausstellen, resp. Acceptiren eines Wechsels keine Novation, so kann ein solcher Rechtsact nicht erst durch die einseitige Weiterbegebung entstehen. Denn die Novation verlangt einen Vertrag, einen Novations-Act, welcher durch eine einseitige Handlung des einen Contrahenten ohne Hinzuthun der andern Parthei entsteht, kennt weder das Röm. noch das Preuß. Recht. Ueber die Natur einer Obligation entscheidet nicht erst die Weiterbegebung — dies ist eine res inter alios acta — sondern die Constituirung. Ist dieselbe von vornherein nicht geeignet, zu noviren, so kann sie es nie werden. Dies ist auch hier in der That nicht der Fall. Denn wird der Wechsel begeben, so werden zwar hierdurch dem Geber die Einreden abgeschnitten, aber nur so lange als ein anderer

---

27) Erk. vom 1. Mai 1855 und 3. April 1856, Strieth. Arch. Bd. XVII S. 146 ff., Entsch. Bd. XXXII S. 421, Arch. f. W. R. Bd. VI S. 197.

28) cfr. unten sub b.

29) Erk. vom 8. Juni 1852, 29. Juni 1854, 1. Mai 1855, 3. April 1856 und 7. October 1857; Strieth. Arch. Bd. V S. 310, XIII S. 237, XXIII S. 208; Arch. f. W. R. Bd. VII S. 86 ff., Entschd. Bd. XXVIII S. 204.

Digitized by Google

als der ursprüngliche Nehmer vorhanden ist. Dies hat nicht in der Novation seinen Grund. Tritt der erste Nehmer mit dem Wechsel wieder auf, dann stehen diesem ebenso wie demjenigen, der den Wechsel noch gar nicht begeben, die civilrechtlichen Einreden entgegen. Das Argument des Ober-Tribunals würde also beweisen, daß auch der begebene Wechsel eine Novation herbeizuführen nicht im Stande sei. Es ist aber eine petitio principii, wenn das Ober-Tribunal aus Art. 82 argumentirt, weil noch dem Verklagten civilrechtliche Einreden entgegenstehen, deshalb könne von einer Novation nicht die Rede sein. Denn zuvörderst sind auch gegen eine novirte Forderung solche Einreden zulässig, welche eine Ungültigkeit der zu novirenden Geschäfte behaupten.[30])

Die Frage ist nur: von welcher Art die Exceptionen sein können. Nach meinem Dafürhalten sind eben nur solche exceptiones aus dem unterliegenden Geschäft zulässig, welche, wenn es durch Zahlung abgemacht worden wäre, zu einer condictio hingereicht hätten, also Einreden, die mit der Klage verfolgbar sind. Dahin gehört auch die exceptio doli. Wäre ein Wechsel für eine bereits verjährte Forderung ausgestellt worden, dann bliebe dem verklagten Wechselschuldner kein Einwand aus der verjährten Schuld übrig. Diese *sämmtlichen* aus dem civilrechtlichen Verhältniß hervorgenommenen und gegen den Wechselanspruch relativ zulässigen Einreden beruhen eben entweder darauf, daß die Gegenleistung, welche verabredetermaßen hätte vor Verfall noch erfolgen sollen, nicht erfolgt sei, also daß nur sub conditione die Wechsel-Obligation eingegangen worden, oder darauf, daß ein Indebitum geleistet worden.[31]) Dies erkennt auch das Ober-Trib. an. Dasselbe sagt nämlich im Erkenntniß vom 18. Mai 1858[32]) „die zur Tilgung einer älteren eingeschrittene neue Verbindlichkeit kann nach § 468 I. 16 A. L. R. von dem Schuldner nur unter denjenigen Umständen widerrufen werden, unter welchen nur die Rückforderung einer geleisteten Zahlung stattfindet.“[33]) Allerdings wird hier hinzugefügt: „zur Tilgung einer älteren Schuld.“ Dies geschieht aber immer, wenn ein Wechsel ertheilt wird;

c) wenn ein eigener Wechsel zugleich den Erfordernissen eines Schuldscheins entspricht.[34])

---

30) l. 1 § 1 und l. 2 Dig. de novat. XLVI 2.

31) l. 1—5 Dig. de condict. (XII. 7.), l. 7 § 7 Dig. de pact. (II. 14.)

32) Strieth. Arch. Bd. XXIII S. 219 ff.

33) cfr. auch Erk. desselben Gerichtshofes vom 19. März 1859, Borch. a. a. O. Zus. 357.

34) Erk. des Ober-Trib. vom 31. October 1854, 12. October 1857 und 7. Juni 1859, Entsch. Bd. XXIX S. 192; Strieth. Arch. Bd. XIV S. 304, Bd. XXXII S. 47; Rhein. Arch. Bd. LV S. 92 und 109.

Digitized by Google

Eine solche Urkunde, meint das Ober-Tribunal, könne, wenn sie als Wechsel verjährt oder präjudicirt sei, auch noch ferner als Schuldurkunde bestehen. Dies erscheint schon aus dem Grunde völlig unrichtig, weil das Bekenntniß der empfangenen Valuta eben nur ein Zeugniß über eine Thatsache ist. Da es auf dieses Zeugniß bezüglich der Wechselkraft nicht ankommt, so muß man entweder von der Annahme ausgehen, daß jedes Mal, wenn die thatsächlichen Verhältnisse bewiesen würden, auf Grund deren der Wechsel entstanden ist, auch neben der Bereicherungsklage noch die aus dem unterliegenden Geschäfte dem Inhaber des präjudicirten Wechsels zusteht, oder, daß dies nicht der Fall ist. Es mag dahin gestellt bleiben, wie die Sache sich verhielte, wenn der Aussteller gesagt, Valuta baar als Darlehn empfangen, obwohl auch hier nach meinem Dafürhalten[35]) noch nicht aus dem Darlehn geklagt werden könnte. Wie die Sache in facto lag, enthielt der Wechsel weiter nichts als ein Zeugniß über dasjenige, was Veranlassung zum Wechselgeschäft gewesen. Und warum soll übrigens gerade beim eignen Wechsel der Grundsatz des Ober-Tribunals Anwendung finden? Das Tribunal steuert sichtlich darauf los, diesen von der Tratte durch eine Kluft zu trennen, welche weder in der Conferenz beabsichtigt noch durch das Gesetz irgend wie auch nur angedeutet worden. Wie sehr der eigne Wechsel dem gezogenen gleichgestellt, ergeben nicht nur Art. 83 und 98 Nr. 10, sondern auch die Leipziger Conf. Protok. S. 6 ff., 10 ff., 160 ff.[35a])

Die ganze Unterscheidung, welche das Tribunal aufstellt, ist übrigens, wenn man die einzelnen zur Entscheidung vorgelegten Fälle mit einander vergleicht, nicht ohne widersprechende Gründe zu motiviren versucht worden.

Die ganze Novations-Theorie in ihrer Anwendung auf den Wechsel scheint mir jedoch aus mehrfachen Gründen verfehlt. Ich will davon absehen, daß die novirende Wirkung der stipulatio schon nach vorjustinianäischem Rechte nur dann eintrat, si hoc agatur, ut novetur obligatio[36]) und daß nach der Constitution Justinian's nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint.[37]) In unserem Falle wird aber eben vorausgesetzt, daß die Absicht zu noviren weder expressis verbis noch

---

35) cfr. unten Note 77.

35a) cfr. übrigens Winzer im Arch. f. W. R. Bd. II S. 79 und das Erk. des Ob. Ger. zu Wolfenbüttel vom 28. Januar 1854 (ibid. Bd. V S. 331).

36) Ulp. l. 2 Dig. de novat. XLVI. 2, cfr. noch l. 8 § 2 ibid.

37) l. 8 Cod. de novat. et deleg. VIII. 42. (41.)

Digitized by Google

anderweit feststeht und in Frage gestellt, was die Hingabe eines Wechsels (einer Unterschrift) auf eine Schuld bewirke. Aus dem Wechsel geht häufig, ja meistentheils nicht einmal hervor, auf Grund welcher causa dieser Act geschehen. Selbst aber wenn dies geschieht, so kann auch hieraus noch nicht auf eine Novation geschlossen werden.[38]) Ich will ferner davon absehen, daß der Regel nach ita demum novatio fit, si quod in posteriore stipulatione novi sit.[39])

Wichtiger scheint mir zuvörderst der Einwand, daß bei der Annahme einer Novation selbst der Billigkeitsgrund nicht ausreicht, nach Erlöschung der novirten Obligation noch eine Bereicherungsklage aus derselben zu gestatten. Denn als Bereicherungsfundament kann ja nur die prior obligatio dienen; diese soll eben durch die Novation ganz untergegangen sein.

Es darf ferner nicht außer Acht gelassen werden, daß die novirende Wirkung der Stipulation von der Gültigkeit der prior obligatio abhängt. Ist letztere nicht vorhanden, dann entsteht auch aus der Stipulation gar kein Anspruch.[40]) Dies hat auch seinen triftigen Grund. Denn auch die Stipulation bedurfte, wenn auch nicht um klagbar zu werden, jedoch um die exceptio wegen mangelnder causa beseitigen zu können, einer causa. Eine solche war bei der novirenden stipulatio aus der älteren obligatio entnommen „deductio in stipulationem“ „transfusio atque translatio in novam obligationem.“ War die alte Obligation ungültig, so konnte auch die neuere wegen mangelnder causa nicht bestehen. Anders der Wechsel. Er ist ganz unabhängig von der früheren Obligation.

Abgesehen aber davon ist ein erheblicher Unterschied zwischen der Stipulation und dem Wechsel. Jene ist ein Formal-Vertrag. Vermöge dieser Eigenschaft konnten Gläubiger und Schuldner auf Grund der bestandenen causa sich dahin einigen, gemeinschaftlich eine andere zu fingiren. Hierdurch war der alten obligatio die causa entzogen. Gläubiger und Schuldner waren somit bei der Creation des neuen Nomens thätig. Der Wechsel ist ein Formal-Akt. Er bedarf zur Creation nicht der Mithilfe Anderer. Argumentum der eigene Wechsel an eigene Ordre[41])

---

38) l. 71 Dig. pro socio (XVII. 2.) und Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen § 23.

39) Gaj. Inst. III § 177, § 3 Inst. quib. mod. oblig. tollit. (III 29) [30] cfr. auch Gneist, die formellen Verträge S. 149 Note 41.

40) l. 1 § 1, l. 2 Dig. XLVI. 2.

41) Trummer im Arch. f. W. R. Bd. III S. 91; Erk. des Ober-Trib. zu Stuttgart in Seuff. Arch. Bd. II S. 115; Erk. des Ob.-Trib. in Berlin Gruchot, Beitr. VI. Jahrg. 2. Heft.

Digitized by Google

und das Blanco=Giro.[42]) Deshalb kann der Wechsel wohl Object eines Vertrages sein, niemals aber als Vertrag selbst angesehen werden. Ist der Wechsel kein Formal=Vertrag, so kann auch von der novirenden Wirkung desselben nicht die Rede sein. Denn diese könnte doch nur im Geben und Nehmen des Wechsels liegen, das Geben und Nehmen desselben setzt eben schon einen fertigen Wechsel voraus und enthält nur eine Tradition. Sofern letztere überhaupt einen Vertrag enthält, kann man beim Wechsel von einem Vertrage sprechen. Die Tradition ist aber kein Formal= sondern eine Art Realvertrag. Wollte man hier eine Novation annehmen, dann müßte man sagen, daß auch andere als Formalverträge zu noviren im Stande seien, was nicht der Fall ist.[43])

3) Siebenhaar selbst zählt nur eigentlich einen Fall auf, in welchem die Wechsel=Obligation wie Novation wirkt,[44]) den nämlich: wenn der Inhaber durch Versäumniß der Diligenz seines Rechts verlustig gegangen.

Aber selbst in diesem Falle scheint er sich der Ansicht Grävells[45]) hinzuneigen, wonach der Untergang der Wechsel=Obligation nur dann einen Einfluß auf die causa praecedens ausübt, wenn in der Versäumniß des Wechselinhabers ein besonderer Rechtsgrund liegt, aus welchem er seiner Civilforderung verlustig geworden. Hiernach liegt der modus tollendi der Civil=Obligation niemals in der versäumten Beobachtung der Wechsel=Diligenz. Die Stellung des Wechsels zur causa läßt der Verfasser unberührt. Den modus tollendi gibt er ebensowenig an.

4) Nach Günther's Ansicht[46]) liegt in einer Eingehung einer Wechsel=Obligation je nachdem eine Tratte von der Hand gegeben, resp. indossirt oder acceptirt oder endlich blos ein eigener Wechsel ausgestellt wird, bald Novation, bald Compensation, bald endlich ein accessorisches Verstärkungsmittel vor.

---

vom 16. September 1858, Strieth. Arch. Bd. XXXIX S. 1 ff., cfr. auch Biener, wechselrechtliche Abhandlungen (2. Auflage) §§ 32 und 98.

42) cfr. auch unsere Ausführung über den Begriff und die Natur des Wechsels a. a. O.

43) l. 1 dig. de novat., l. 91 § 6 dig. de verb. oblig. (XLV. 1); Gneist l. c. S. 149; cfr. übrigens noch unten am Schluß zu Nr. 5 und Siebenhaar im Arch. f. W. R. Bd. I S. 167 ff.

44) Denn, daß Zahlung und die ausdrückliche Verabredung, daß durch den Wechsel die alte Schuld getilgt sein sollte, die frühere causa tilgt, ist nicht bestritten.

45) l. c. Bd. II S. 136.

46) in seiner Schrift, drei Programme: num cambio propter debitum a debitore creditori dato, prior obligatio extinguatur? Spec. I. II. III. übersetzt von Siebenhaar, Arch. f. W. R. Bd. IV S. 129 ff.

Digitized by Google

Diese ganze Combination, welche sichtbar auf die Praxis des Ober-Tribunals von großem Einfluß gewesen (die Schwenkungen und Schwankungen dieses Gerichtshofes datiren seit dem Erscheinen jenes Aufsatzes in Siebenhaar's Archiv und harmoniren bezüglich des Unterschiedes zwischen Tratte und Eigenwechsel mit der Güntherschen Lehre) erscheint nicht haltbar. So weit sie eine Novation annimmt, trifft sie der sub 2 gemachte Vorwurf. Die Annahme einer Compensation beruht auf einer Fiction, welche der thatsächlichen Voraussetzung widerspricht. Der Wechselgeber (Acceptant) verkauft nicht immer und der Nehmer kauft nicht immer den Wechsel und geschieht dies, dann kann auch keine weitere Frage über die Wirkung dieses Rechtsgeschäfts sein, sondern die Frage ist zu beantworten: Wie verhält sich die Schuld, gegen oder auf welche eine Wechselverbindlichkeit eingegangen, resp. ein Wechsel gegeben worden, zu dem Wechsel? [47])

5) In neuester Zeit ist von Hassenpflug (über den Einfluß des Wechsels auf die unterliegenden Obligationsverhältnisse) die Ansicht aufgestellt worden, daß die Ausstellung eines Wechsels auf die unterliegende causa in analoger Weise wie das constitutum (debiti proprii) im Römischen Recht wirke.

Von dem Satz ausgehend: „der Inhalt des Wechselversprechens erklärt sich durch den Gegensatz zwischen Haben und Behalten, der Wechsel ist causa für das augenblickliche Erhalten, nicht causa für bleibende Vermögensvermehrung," stellt er die Grundsätze auf:

a) der Wechsel bewirke keine wahre novatio;
b) der Wechsel sei nämlich ein constitutum des Römischen Rechts;
c) die causa werde nur durch Zahlung (eigentliche oder uneigentliche) getilgt, nicht durch Erlaß der Wechselschuld, auch nicht durch Unfähigkeit, Präjudiz oder Verjährung, überhaupt nicht ohne Tilgung;
d) so lange die Wechselschuld besteht, könne nicht aus dem Wechsel geklagt werden;
e) accessorische Rechte (Pfandbürgschaft) der causa werden nicht zerstört, können aber erst nach Verfall des Wechsels geltend gemacht werden.

So scharfsinnig und consequent auch diese Grundsätze sind, welche der Verfasser aufstellt, erscheinen sie dennoch verfehlt. Denn sie gehen von einer Prämisse aus, die als richtig durchaus nicht angesehen werden kann.

47) cfr. auch Koch, Comm. zum A. L. R. Bd. II S. 491 Anm. 5.

Digitized by Google

Dem Vergleich des Wechsels mit dem constitutum widerspricht schon der Umstand, daß während bei diesem die Regel gilt: hactenus igitur constitutum valebit, si quod constituitur debitum sit,[48]) beim Wechsel auf das Vorhandensein eines debitum gar nichts ankommt. Art. 82.[49]) Nach meinem Dafürhalten liegt in der Begebung von Wechsel (dahin zähle ich die Ausstellung, Acceptirung und Indossirung, cfr. unsere Ausführung in Goldschmidt's Zeitschr. l. c.) immer eine datio in solutum. Dies ist auch in mehreren sogar nach der landrechtlichen Wechselordnung zu beurtheilen gewesenen Fällen vom Ober-Tribunal ausgesprochen, allerdings mit der Clausel, daß die Schuld, wofür der Wechsel ausgestellt resp. begeben gewesen, quittirt worden.[50]) Einer ausdrücklichen Annahme an Zahlungsstatt[51]) bedarf es nicht. Concludente Handlungen stehen einer ausdrücklichen Erklärung gleich.[52]) Der § 60 ibid. bezieht sich auf die Fälle, wo die Willenserklärung einer besondern Form bedarf (beispielsweise Schriftlichkeit, notarieller oder gerichtlicher Vertrag). Ebenso gleichgültig ist's, ob der Wechsel die causa enthält, weshalb er ausgestellt ist oder nicht. Unter allen Umständen verhalten sich Wechsel und causa wie Leistung zur Gegenleistung „Implendae stipulationis gratia numeratio fieri intelligitur.“ [53])

Daß dem so ist, ergibt schon meine oben (sub Nr. 2 am Schluß) gemachte Bemerkung über das Verhältniß des Wechsels zur stipulatio. Diese ist ein Formal-Vertrag, jene ein Formal-Akt; hier beginnt das Recht und die Verbindlichkeit mit dem Aussprechen gewisser Worte von beiden Contrahenten, dort entsteht die Verpflichtung des Wechselschuldners mit der Unterschrift, und zwar ohne daß es eines Mitcontrahenten bedarf; dagegen beginnt das Recht des s. g. Gläubigers, selbst wenn ihm gegenüber das Versprechen auch gemacht worden, erst mit der Ausantwortung des Papiers. Die Realnatur des Wechsels ist sonach nicht in Abrede zu stellen. Deshalb ist bei ihm auch ein pactum antecedens

---

48) l. 11 pr. dig. de pec. constit. (XIII. 5.) cfr. auch l. 1 § 5 ibid.

49) cfr. übrigens auch Fick in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Bd. III S. 276 ff. und Jolly in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. II S. 571 ff.

50) Erk. vom 14. Januar und 18. September 1851, Striethorst, Arch. Bd. I S. 187, Bd. III S. 86.

51) Das Ober-Tribunal im Erk. vom 16. Juni 1859; Striethorst, Archiv Bd. XXXIII S. 306 ff.

52) cfr. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik Bd. I Cap. IV § 2; Göschen Bd. I Buch I S. 274 und die daselbst citirten leges. §§ 58 u. 59 I. 4 A. L. R.

53) l. 7 Dig. de novat XLVI. 2, l. 6 § 1 ibid. und l. 126 § 2 Dig. de verb. obl. XLV. 1. cfr. auch das bereits mehrfach citirte Erk. des Ober-Gerichts zu Wolfenbüttel.

Digitized by Google

(pactum de cambiando) wie bei allen Realverträgen möglich. Aus dieser realen Natur des Wechsels folgt eben schon, daß seine Hingabe für eine Schuld gleiche Wirkung hat mit der Hingabe eines anderen Werthgegenstandes. Daß der Werth desselben weniger in der Sache selbst, als darin liegt, daß mit ihm ein realisirbares Forderungsrecht verbunden ist, das kann ihn von anderen Werthgegenständen nicht unterscheiden.

Man denke übrigens an den Fall, daß Jemand für eine Schuld, anstatt selbst einen Wechsel zu trassiren, zu acceptiren oder zu indossiren, einen bereits fertigen mit Blanco-Giro versehenen Wechsel seinem Gläubiger ausantwortet. Hier liegt keine Wechsel-Obligation für den Geber vor. Welches Rechtsgeschäft kann hier angenommen werden? Von Novation und accessorischer Verbindlichkeit kann hier keine Rede sein, ebensowenig aber kann eine Compensation darin gefunden werden (oben sub 4). Hat dennoch der Gläubiger als Inhaber des Wechsels denselben präjudiciren oder verjähren lassen, so steht ihm gewiß ein Anspruch aus der früheren Schuld nicht zu. Wenigstens habe ich bisher eine entgegengesetzte Ansicht nicht finden können. Daß hier ein Streit nicht obwaltet, gibt den *Beweis*, daß in einem solchen Falle das Wechselgeschäft als datio in solutum angesehen werden muß. Einen anderen Rechtsgrund gibt es nicht.

Ich gehe nun einen Schritt weiter und ponire den Fall, daß der Wechselgeber, statt auf Grund des bereits vorhandenen Blanco-Giros seinen Nachfolger zu legitimiren, selbst sein Giro auf den Wechsel gesetzt. Dieser Fall ist von dem zuerst erwähnten nur dadurch verschieden, daß hier der Schuldner sich nicht bloß damit begnügt hat, den Wechsel einfach wegzugeben, sondern den Wechsel selbst garantirt. Nun leistet aber der Indossant die Garantie nicht für die dem Wechsel unterliegende causa, sondern für das richtige Eingehen der Wechselforderung selbst. Garantie und causa praecedens liegen weit auseinander. Der letzteren gegenüber kann das Wechselgeschäft an sich nur einen und denselben Einfluß ausüben.

Man nehme nun den dritten und letzten Fall: es wird für eine Schuld ein Wechsel ausgestellt oder acceptirt. Der Unterschied zwischen diesem und dem vorhergehenden Fall ist nicht erfindlich. Die Wechselverbindlichkeit dieser Unterschrift und die Stellung der Ersteren zur causa ist ihrer Natur nach nicht verschieden von der eines Indossanten.

Daß übrigens die causa neben dem Wechsel nicht mehr fortbestehen kann, ergibt folgende Erwägung: Es unterliegt zuvörderst keinem Zweifel, daß die causa auf den dritten Wechselinhaber nicht mit übergeht. Er kann daher, sofern nicht ihm selbst die ursprüngliche Forderung gegen

Digitized by Google

den Schuldner zugestanden, nur die Bereicherungsklage anstellen. Es fragt sich aber, welche Stellung die ursprüngliche Schuld während des Wechsellaufs dann einnimmt, wenn die materielle causa und der Wechsel in verschiedenen Händen sich befinden? Kann der frühere Gläubiger sein Forderungsrecht ohne Weiteres geltend machen, oder muß er erst den Wechsel in seine Hände zurückbekommen? Kann der Schuldner doppelt aus dem Wechsel und der causa in Anspruch genommen werden oder nur alternativ? Das Ober-Tribunal sagt freilich: der begebene Wechsel novire, d. h. aber mit andern Worten: die Novation wird durch einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Dritten herbeigeführt, ohne daß dieser Dritte weiß, ob und welche Schuld novirt werden solle. Man muß also zu dem Schluß gelangen, entweder, daß die materielle causa beim ursprünglichen Gläubiger fortexistirt oder nicht. Ist Ersteres der Fall, dann liegt zuvörderst kein Grund vor, ihm während des Wechsellaufs das Recht abzuschneiden den Anspruch aus der causa geltend zu machen. Sodann wäre die Bestimmung des Art. 83 dazu geeignet, dem Wechselaussteller einen Gewinn zu verschaffen, der nicht beabsichtigt worden. Denn dem dritten Inhaber steht gegen den Aussteller und Acceptanten nur die Bereicherungsklage zu. Angenommen, daß der Aussteller dem Inhaber quatenus locupletior factus, d. h. so weit er noch zur Zeit der Klage reicher ist,[54]) genügt hat, so kann sehr leicht die Folge die sein, daß er mit dem auf diese Weise in den Besitz gekommenen Wechsel gegen den Acceptanten, obwohl er bereits den Wechsel verwerthet und auf diese Weise das ihm vom Acceptanten schuldige Geld anderweitig erhalten hat, nunmehr auf Zahlung der ursprünglichen Schuld klagen könnte. Die dem Inhaber auf Grund der Billigkeit ertheilte Bereicherungsklage würde demnach zum Resultate haben, daß der Gläubiger des Acceptanten einen wirklichen Gewinn zu machen in der Lage wäre.

Ist dies nicht anzunehmen, sondern ein völliges Erlöschen der causa praecedens und hält weder die novatio noch die compensatio Stich, so läßt sich nur die datio in solutum als das allein Richtige annehmen.[55])

Ist der Wechsel ausgestellt, acceptirt, indossirt oder auch nur mittelst Blanco-Indossaments begeben, so ist dies entweder auf Grund einer bereits erhaltenen oder einer erst später zu erfolgenden Leistung immer als Gegen- oder Vorleistung (implendi causa) geschehen. Im ersteren Falle bleibt von der alten Obligation nichts mehr. Der Wechsel lautet nicht

54) cfr. sub III und IV.

55) cfr. auch das Erk. des Ob. Appell. Gerichts zu Dresden, in der sächsischen Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung Bd. XV S. 142, Borch. W. R. (2. Aufl. Zus. 356 Anm. 286.)

Digitized by Google

über ein Forderungsrecht, sondern kann höchstens für ein Forderungsrecht ausgestellt oder begeben werden.[56])

Schon hiedurch wird ein Vorwurf beseitigt, welcher dem Art. 83 der Deutschen Wechselordnung mannigfach gemacht worden, der nämlich: daß die ganze Bestimmung nicht ins Wechselrecht gehöre. Nach meiner Ansicht ist sie für letzteres so wesentlich, daß eine Uebergehung derselben ein großer Fehler gewesen wäre. Sie bildet den Schlußstein für das ganze System, welches die Deutsche Wechselordnung befolgt. Erst dadurch, daß im Art. 83 angegeben worden, was die negative Seite des Wechsels sei, d. h. was er ist, wenn er nicht mehr in voller Wirksamkeit dasteht, ist zugleich seine positive Seite genau begrenzt. Er ist ein so selbstständiges Nomen, daß weder während seines Laufs, noch nach der Vollendung desselben irgend Etwas von seinen früheren Verhältnissen verbleibt. Der Art. 83 ist eine Consequenz des Art. 82. So wenig während des Wechsellaufs der Wechselschuldner Einreden, die aus dem unterliegenden Verhältnisse hergenommen sind, vorausgesetzt, daß nicht dolus vorliegt, entgegenstellen kann, ebensowenig kann umgekehrt der Inhaber nach diesem Zeitpunkte zu der causa seine Zuflucht nehmen. Daß der dolus auch dem Inhaber zur Seite steht, wenn der Wechsellauf vollendet ist, darüber unten sub IV. Ist dies nicht der Fall, dann bleibt von der ganzen Wechsel-Obligation nur

III. die Klage wegen Bereicherung.

Es mag hier dahin gestellt bleiben, ob und in wie fern die Bereicherungsklage überhaupt und in dem (subjectiven) Umfange, wie sie der Art. 83 gestattet, sich rechtfertigen läßt. (Darüber unten sub IV.) Hingegen erscheint es hier am Orte, das Fundament der Klage zu prüfen. Daß eine Bereicherungsklage auf Seiten des Verklagten nicht schon darin gefunden werden kann, wenn derselbe bloß Etwas erhalten, was ihm zukommt,[57]) ist unstreitig. Schon die Motive zum ersten Preuß. Entwurf (S. 236 ad § 167, welcher mit Art. 83 correspondirt) bemerkten hierzu:

> „Wenn übrigens in Bezug hierauf die hiesige Kaufmannschaft noch bemerkt hat,[58]) es sei insofern das Allg. Land-Recht die Verpflichtung der Einzelnen, soweit sie sich mit dem Schaden des Andern bereichern möchten, fortbestehen lasse, zu wünschen, daß der Begriff der Bereicherung hier gleich mit dahin angegeben werde:

56) cfr. übrigens auch Fick a. a. O. und Arch. f. W. R. Bd. VII S. 121 ff. insbesondere Note 7, 11, 18.

57) § 242 I. 13 A. L. R.

58) Bl. 232 Mater.


Digitized by Google

„„für bereichert werde derjenige geachtet, dessen Vermögen durch die Verminderung des Vermögens eines Andern erhalten, verbessert oder vermehrt worden sei,""

so ist diese Begriffsbestimmung zwar allerdings im § 232 A. L. R. I. 13 in der Lehre von der Uebernahme fremder Geschäfte ohne vorhergegangenen Auftrag enthalten. Dort kam es darauf an, wann die Geschäfte eines für nützlich besorgt zu erachten und dann paßt diese Bestimmung. Beim Wechsel-Regreß kann indeß darin noch keine Bereicherung gefunden werden, daß ihm durch Verminderung des Vermögens seines Hintermannes nur sein eigenes Vermögen erhalten worden. — Es können daher hier nicht die Grundsätze von Uebernahme fremder Geschäfte ohne Auftrag, sondern nur die Grundsätze, welche bei der condictio indebiti in den §§ 178 und 180 I. 16 A. L. R. darüber, wann eine Bereicherung als vorhanden anzusehen sei, zur Anwendung kommen."

Die Klage gehört sonach in die Klasse der Condictionen und hat auf Seiten des Verklagten unbestritten zur Voraussetzung, daß eine positive Vermögensvermehrung auf seiner Seite in Folge einer causa gekommen, die durch Präjudiz oder Verjährung, also aus einem weder erwarteten noch beabsichtigten Grunde, sondern durch Zufall cessirt. Hat der Verklagte den Wechsel geschenkt bekommen, oder ihn billig gekauft, beim Verkauf Etwas am Course gewonnen, dann liegt in der That eine causa vor, auf Grund deren eine Vermögensvermehrung stattgefunden.

Hier entsteht jedoch die Frage, welche Functionen hat bei dieser Klage der Wechsel? Koch degradirt ihn zum Beweismittel.[59]) Welcher Beweis dadurch erbracht werden soll, wird weiter nicht gesagt. Soll es bloß der Activ-Legitimation sowie der Thatsache sein, daß der Verklagte wechselmäßig verpflichtet gewesen, so müßte auch auf andere Weise dieser Beweis erbracht werden können. Daß aber dem nicht so ist, ergibt der Art. 73 in Verbindung mit Art. 83. Nach der Bestimmung des Letzteren tritt die Bereicherungsklage nur dann ein, wenn die wechselmäßige Verbindlichkeit des Ausstellers oder des Acceptanten durch Verjährung oder dadurch, daß die zur Erhaltung des Wechsel-Rechts gesetzlich vorgeschriebenen Handlungen verabsäumt sind." Hieraus folgt, daß der verlorene Wechsel auf keinen der beiden Fälle paßt, daß also bezüglich des Ausstellers das Gesetz beim verlorenen Wechsel auch nicht einmal eine Klage wegen Bereicherung zuläßt. Und doch ist auch hier ein unerwarteter Zufall, der den Trassanten von Einlösung des Wechsels befreit.

Hieraus schon folgt, daß die Bereicherung allein nicht Grund der Klage sein kann. Dasselbe bestätigt auch ein anderer Umstand. Jede

---

59) Arch. f. W. R. Bd. II S. 32 ff. Anl. zur Pr. Proz. Praxis Bd. I S. 789 ff.

Digitized by Google

Bereicherungsklage verlangt einen positiven Schaden von der einen und eine Vermögensvermehrung auf der andern Seite. Der Betrag des Schadens ist immer ein begrenzter. Er kann weder durch den Wechsel der Zeit noch den der Personen sich erweitern oder vermindern. Hingegen ist das Quantum der Bereicherung, also die Höhe des Schadensersatzes kein Bestimmtes. Betrachtet man hier die Bereicherungsklage, so stellt sich das Verhältniß auf Seiten des Klägers ganz anders. Das Gesetz sagt nämlich nicht, wie im Art. 16 Abs. 2, daß ein bestimmter Zeitpunkt über das Schicksal (die Höhe) der Bereicherungsklage entscheidet, sondern läßt dieselbe für jeden Inhaber zu. Angenommen, daß der Inhaber, in dessen Hand der Wechsel präjudicirt oder verjährt worden, den Letzteren geschenkt bekommen, oder um die Hälfte des Preises billiger erworben, der Aussteller aber von seinem Remittenten die volle Wechsel-Valuta erhalten hätte, so wäre im ersten Falle die Bereicherungsklage gar nicht, im letzteren nur auf Höhe der von ihm, dem Kläger selbst gezahlten Summe begründet. Dies wird auch in der That von Koch behauptet (a. a. O.).

Wie gestalten sich aber die Verhältnisse, wenn der Inhaber, dies befürchtend, statt selbst zu klagen, sich einen Käufer sucht, der ihm glücklicher Weise eine beträchtliche Valuta für den präjudicirten oder verjährten Wechsel zahlt? Kann dieser vom Aussteller oder Acceptanten mehr fordern als sein Indossant? Nehme man den umgekehrten Fall, daß der Inhaber den Wechsel geschenkt bekommen, während sein Geber die volle Valuta gezahlt. Klagt dieser, so hat der Aussteller resp. Acceptant keinen Gewinn aus der Bereicherung; klagt Jener, so steckt er sich die Valuta in die Tasche. Dies sagt auch Koch, indem er vom Kläger den Nachweis verlangt, daß er titulo oneroso den Wechsel erworben.

Es zeigt sich sowohl bei dieser Annahme, daß der Schaden überhaupt, resp. dessen Höhe wechselt und vom zufälligen Besitz des Wechsels beziehungsweise der Person dessen abhängt, der den Anspruch geltend macht. Thatsächlich und selbst nach Civilrecht müßte sich das Rechtsverhältniß ganz anders gestalten: im ersten Falle sollte nach der Regel: nemo plus juris in alios transferre potest quam ipse habet, der Nachfolger desjenigen Indossatars, der den Wechsel geschenkt erhalten, nicht mehr an Schaden beanspruchen können, als sein Geber, und im zweiten Falle müßte umgekehrt der Inhaber, gleichgültig, ob er den Wechsel geschenkt bekommen oder nicht, dasselbe Forderungsrecht geltend machen können, als wie es sein Indossant gekonnt hätte. Denn in beiden Fällen handelt es sich um einen civilrechtlichen Anspruch, durch

Digitized by Google

dessen Cession der Umfang der Verbindlichkeit weder erweitert werden, noch eine Erleichterung eo ipso herbeigeführt werden kann.

Aus all dem folgt, daß der Wechsel nicht ohne allen Werth und Einfluß auf das Klagefundament ist. Noch mehr erhellt dies aus dem Umstande, daß das Gesetz die Bereicherungsklage nur gegen den Acceptanten und nicht auch gegen den Bezogenen zuläßt, falls er vom Aussteller Deckung erhalten. Kommt es auf den Wechsel nicht mehr an und gestattet man dennoch dem dritten Inhaber, der mit dem Acceptanten nicht contrahirt hat, aus den materiellen Verhältnissen eine Klage, dann ist nicht abzusehen, warum der Bezogene von diesem Anspruch frei sein soll. Diesem Einwurf sucht man dadurch zu begegnen, daß entgegengestellt wird, dem Inhaber sei nur das Recht aus dem Wechsel übertragen worden. Dieser Einwurf ist aber entweder unrichtig oder er führt zu einem Schluß, der von der herrschenden Ansicht nicht zugegeben wird: unrichtig, da der Wechsel untergegangen ist und es nur noch auf die materiellen Verhältnisse ankommen soll. Dieses Rechtsverhältniß ist aber durch den Wechsel gleichfalls nicht auf den Kläger übertragen worden. Hat aber ein Uebergang stattgefunden, dann hat wiederum die gesetzliche Beschränkung keinen Grund. Denn bereichert ist der Bezogene noch mehr als der Acceptant, insofern, als er nicht einmal irgend Etwas geleistet, was möglicher Weise (bei Beobachtung der Solennitäten) für ihn eine Wechselverbindlichkeit hätte erzeugen können.

Der Annahme einer Klage aus dem Fundament der Bereicherung stehen aber außer dem vorhin Bemerkten noch die Gründe entgegen, daß es einerseits an einem Billigkeitsgrunde selbst, andererseits an einem Requisit mangelt, welches sonst der s. g. actio in factum, wo sie überhaupt zulässig ist, nothwendig zu Grunde liegen muß.

Schon oben (sub II) habe ich nachzuweisen versucht, wie die bisherigen Theorien über die Stellung des Wechsels zur causa nicht dahin führen, die Bereicherungsklage zu gestatten; mag man dem Wechsel eine novirende oder nur accessorische Wirkung beilegen, mag derselbe als Formal-Akt, Summenversprechen oder auch gar als kaufmännisches Papiergeld angesehen werden. Die datio in solutum allein würde noch am Meisten eine solche Klage rechtfertigen.

Es kommt aber noch hinzu, daß meines Wissens ein Beispiel in den Rechtsquellen sich schwerlich wird finden lassen, wo auf dem bloßen Grunde der Bereicherung auf der einen und des Schadens auf der andern Seite eine Klage zugelassen worden wäre. Vielmehr kommt es, wo eine solche Klage zugelassen ist, darauf an, daß aus dem Vermögen des Einen Etwas in das des Andern ohne Grund von vornherein

Digitized by Google

gekommen oder, weil die causa weggefallen, verbleiben würde.[60]) Die actio in factum ließe sich demnach nur dann rechtfertigen, wenn der Remittent gegen den Aussteller oder letzterer gegen den Acceptanten unmittelbar klagend auftreten würde. Denn nur in diesem Falle könnte von einem Uebergange aus dem Vermögen des Einen in das des Andern und somit von einer Bereicherung durch den Schaden eines Anderen gesprochen werden. Nun gibt aber das Gesetz jedem „Inhaber" die Bereicherungsklage, also auch demjenigen, von dessen Vermögen (Schaden) nichts in das des Ausstellers oder Acceptanten übergegangen. Da das Verhältniß zwischen Aussteller resp. Acceptanten und den entfernten Wechselnehmern eben nur ein wechselrechtliches ist, so läßt sich gar nicht absehen, wie der civilrechtliche Anspruch, der etwa dem Remittenten gegen Erstern zustehen könnte, durch den untergegangenen Wechsel auf jeden Inhaber übergehen sollte.

Von einer andern Seite ist auf Grund der Behauptung, daß es keine Klage auf Grund der Bereicherung gebe, eine Lösung der Frage bezüglich des Fundaments der Bereicherungsklage versucht worden, die *nicht ohne* Widerspruch mit sich selbst und deshalb ganz ungenügend ist. Herr Dr. Jacoby[61]) meint: „die Klage sei aus dem Wechselversprechen zurückgeführt auf das Maaß der Bereicherung. Letztere sei nicht der Grund, sondern der Umfang (taxatio) des noch aus dem Wechsel zu machenden Anspruchs. Der allgemeine Charakter der einmal vorhandenen Wechselerklärungen des Ausstellers und Acceptanten bleibe bestehen, mag auch ihre Verpflichtung aus dem Summenversprechen bis auf Null herabgedrückt sein." Auf die Frage, was als „allgemeiner Charakter" dieser Erklärungen anzusehen? wird erwidert, daß Ausstellung und Accept dem Inhaber gegenüber keine vortheilhafte Geschäfte seien und daß „aus jenen Erklärungen nun und nimmermehr ein Anspruch auf Gewinn herzuleiten." Aus dieser Prämisse folgt aber grade das Gegentheil von dem, was der Verfasser behauptet. Soll die formelle Natur des „Summenversprechens" nicht ausreichen, um dem Verpflichteten Gewinn zu verschaffen, so ist doch die Klage auf Herausgabe desselben nicht aus dem Wechsel, sondern auf Grund des factischen Verhältnisses, daß ein Gewinn vorliegt. Nicht aus dem Wechsel, sondern auf Grund des Cessirens der Wechsel-Obligation soll ja geklagt werden, „da aus jenen Erklärungen nun und nimmermehr ein Anspruch auf

60) cfr. die im Arch. f. W. R. Bd. IX S. 39 und 36 angeführten Quellen und Koch, Lehrbuch des Pr. Priv. Rechts Bd. II § 642 Nr. 2.

61) im Archiv f. W. R. Bd. IX S. 26 ff.

Digitized by Google

Gewinn beabsichtigt worden." Die Klage ist sonach der nicht beabsichtigte Gewinn und nicht der Wechsel. Der Verfasser bleibt aber auch die Antwort schuldig, warum denn die Bereicherungsklage „aus dem Wechsel" nicht auch gegen die Indossanten Platz greift. Auch Indossamente sind wie Ausstellung und Accept „Wechselerklärungen und in gleichem Maaße die beiden letzteren durchaus keine vortheilhafte Geschäfte, enthalten vielmehr die Uebernahme einer streng einseitigen Verbindlichkeit durch einen Formalact." Abgesehen übrigens von der falschen Consequenz ist auch die Prämisse unrichtig. Aus der formalen Natur des Wechselversprechens folgt noch keineswegs, daß ein Gewinn aus demselben nicht hergeleitet werden könne. Aussteller und Acceptanten bleiben dem dritten Inhaber verbindlich, wenn auch keine materielle causa zu Grunde liegt. Hieraus folgt aber noch keineswegs, daß wenn eine solche causa vorhanden gewesen, das Cessiren des Formalacts nicht zum Vortheil des formell Verpflichteten umschlagen könne. Auch die Stipulation ist ein Formalvertrag, durch welchen der promissor auch ohne causa verpflichtet wird, und nichts desto weniger lebt die alte Schuld nicht wieder auf, wenn dieselbe durch eine später aus irgend einem Grunde wirkungslos gewordene Stipulation (Novation) aufgehoben worden.[62]) Endlich ist auch die Behauptung, daß es keine Klage aus dem Grunde der Bereicherung gebe, irrig.[63])

Nach meinem Dafürhalten gehen beide erwähnten Ansichten zu weit, indem von der einen Seite dem Wechsel alle bis zur Verjährung oder Präjudicirung innewohnenden Functionen abgesprochen, von der andern hingegen solche beigelegt werden, die aus materiellen Verhältnissen entnommen. Von beiden Seiten ist übersehen worden, was denn eigentlich durch das Präjudiz resp. die Verjährung herbeigeführt wird. Es ist ebenso unrichtig zu sagen, daß der Wechsel gar nicht mehr existirt, wie die unbedingte Annahme falsch ist, er wirke so weit fort, quatenus N. N. locupletior factus. Vielmehr hat der Wechsel nur so weit aufgehört, als die formelle causa cessirt. Die Zahlungspflicht, so weit sie aus der Unterschrift allein entspringt, ist untergegangen.

Hierdurch sind aber noch keineswegs alle Functionen des Wechsels erschöpft. Neben der formellen causa der Verbindlichkeit besitzt der Wechsel auch die Function, jedem Inhaber formelles Recht zu gewähren. Nur Erstere, mithin die formelle Verbindlichkeit, ist unter-

---

62) § 3 Inst. quib. mod. tollitur obl. III. 29 [30].

63) cfr. Witte in den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen Röm. und Deutschen Privatrechts Bd. V. S. 88 ff.

Digitized by Google

gegangen, keineswegs aber das Letztere. Dieses zeigt sich eben dann, wenn eine materielle causa existirt. Das Vorhandensein dieser ersetzt den formellen Mangel rücksichtlich der Verbindlichkeit des Ausstellers und Acceptanten; sie tritt im beschränkteren Umfange — quatenus locupletior N. N. — und mit beschränkter Wirkung an die Stelle der bisher allein wirksam gewesenen, nunmehr cessirenden formellen causa. Hierdurch wird der Wechsel gleichsam regenerirt und bleibt ein transportables Papier, dergestalt, daß mit dem Uebergang des Papiers der materielle Grund der Verpflichtung, wie die Noxal-Klage im Röm. Recht mit dem Uebergang des beschädigenden Thiers oder Sclaven in andere Hände zugleich mit übergeht.[64]) So weit diese causa reicht, bleibt der Inhaber formell berechtigt. Das formelle Recht, welches durch den Untergang der formellen Verbindlichkeit nicht afficirt wird, besteht in der Abmessung der Höhe des Schadens, welcher immer dem Wechselbetrage gleichkommt, in der Legitimation, welche jetzt noch ganz dieselbe ist, wie vor Erlöschen des formellen Grundes und in der Unzulässigkeit solcher Einreden, welche nicht auch gegen den noch voll wirksamen Wechsel für durchgreifend erachtet werden (Art. 82). Hier freilich mit der Einschränkung, daß jeder Einwand als zulässig erachtet werden muß, der geeignet ist, die Behauptung einer Bereicherung zu widerlegen.

Fundament des Bereicherungsanspruchs ist sonach der Wechsel und die unterliegende causa; jener für das Recht des Klägers, weil er Besitzer desselben ist; diese für die Verbindlichkeit des Verklagten, insoweit dieser durch den Untergang der formellen causa Etwas gewinnen würde, was nicht beabsichtigt oder vermuthet werden konnte.

Aus vorstehenden Sätzen ergibt sich zuvörderst:

1. der Wechselinhaber bedarf zu seiner Legitimation nur eines Indossaments, welches auch ein Blanco-Giro, selbst ein vor oder nach eingetretenem Präjudiz resp. vor oder nach abgelaufener Verjährungsfrist gefälschtes sein kann;
2. der Wechselinhaber braucht sich zur Beseitigung der Bereicherungsklage die Einreden ex persona indossantis nur insoweit gefallen zu lassen, als sie überhaupt im Wechselprozeß zulässig sind und außerdem, was sich von selbst versteht, hierdurch die Bereicherung beseitigt wird. Hieraus schon folgt weiter
3. der Inhaber braucht weder zu behaupten noch zu beweisen, daß er außer dem Verluste des Wechselrechts noch einen anderen positiven Schaden gehabt. Denn ob der Inhaber den Wechsel

64) Ulp. l. 42 § 2 Dig. de nov. act. (IX. 4.) und l. 1 § 17 Dig. si quadr. (IX 1).

Digitized by Google

geschenkt, durch Erbgang, als Rimesse, oder unter welchem Titel sonst erhalten, ist für den Wechselverpflichteten gleichgültig. Ein hierauf bezüglicher Einwand wäre eine exceptio de jure tertii.[65])

Der Schaden des Inhabers besteht darin, daß er die nach formellem Rechte ihm gebührende Forderung durch einen nicht in dem Geschäfte vorhergesehenen und beabsichtigten Umstand verloren habe.

Hierdurch ist ein fester Boden für die Schätzung des Schadens gewonnen. Dieser wechselt nicht durch die Veränderung der Besitzer, sondern bleibt immer derselbe. Derselbe kommt der Wechselsumme gleich. Wie unrichtig es ist, von dem Inhaber, also demjenigen, der zufällig in den Besitz des Wechsels gelangt ist, den Nachweis zu verlangen, daß er speciell einen Schaden durch das Präjudiz und die Verjährung des Wechsels erlitten und wie viel, folgt schon aus dem Umstande, daß von Niemand bisher noch in Abrede gestellt worden, daß die Klage wegen Bereicherung cessibel ist. Causa cessionis — der Titel — kann aber unzweifelhaft auch die Schenkung sein. Nach der Ansicht, welche einen positiven Schaden von Seiten des Klägers verlangt, wäre eine Cession der Bereicherungsklage, deren Titel eine Schenkung ist, nicht möglich.

Der Gesichtspunkt, von dem hier ausgegangen wird, bietet aufs Neue eine Rechtfertigung der Aufnahme des Art. 83 in das Wechselrecht, obwohl sowohl in dem Preuß. Entwurf[66]) als in der Deutschen Wechselordnung[67]) die Aufnahme von civilrechtlichen Bestimmungen vermieden werden sollte. Die Aufnahme des Art. 83 in das Wechselrecht wird aber noch dadurch gerechtfertigt, daß durch den Wechsel nicht bloß die Activ-Legitimation, das Quantum des Schadens dargethan und die Transportabilität auch dieser Forderung aus dem Wechsel festgestellt werden soll, sondern auch die Thatsache, daß eine formelle Verbindlichkeit bestanden, auf Grund deren der Verklagte, wenn nicht ein unerwartetes Ereigniß eingetreten wäre, zur Erfüllung des Versprechens verbunden gewesen, dieser Verpflichtungsgrund aber nunmehr in Folge versäumter Form weggefallen. Hieraus folgt:

4. daß ein formell richtiger Wechsel zur Begründung der Bereicherungsklage erforderlich ist,[68]) sowie

---

65) cfr. auch die Ausf. des Appell. Urtels im XXVIII. Bande des Strieth. Arch. S. 178 in fine.
66) Motiv. Einl. S. 8.
67) Conf. Prot. S. 242 und a. a. O.
68) Erk. des Ober-Trib. vom 10. Mai 1855; Strieth. Arch. Bd. XVII S. 188.

Digitized by Google

5. daß nur wegen **Unterlassung** einer bestimmten Form (Präsentation, Protesterhebung, Klage) der Wechselanspruch cessirt.[69])

Die Existenz des Wechsels ist also wiederum erforderlich, um ein positives und ein negatives Moment darzuthun; die früher vorhanden gewesene **formelle** Verbindlichkeit und das Cessiren derselben auf Grund eines gewissen Formfehlers.

Das Cessiren der formellen causa wird dadurch **theilweise** ersetzt, daß dargethan wird, daß die formelle Verbindlichkeit einen materiellen Hintergrund hat, daß dieser die causa [Gegenleistung] für die Eingehung der Wechsel-Obligation gewesen. Diese materielle causa tritt nunmehr an die Stelle der formellen. Denn dadurch, daß eine Präjudicirung oder Verjährung des Wechsels eingetreten, ist dem Uebergang von Seiten des Wechselnehmers und Wechselgebers der Grund der materiellen Leistung entzogen.[70])

Absicht und Zweck der Leistung wie der Gegenleistung (des Wechsels) war die Einlösung desselben. Diese ist nicht erfolgt. Der Anspruch geht aber nur so weit, als der Verklagte hierdurch bereichert ist. Denn in Bezug auf das Empfangene muß er als redlicher Besitzer angesehen werden. Er steht daher nicht für den Verlust. Hieraus folgt:

6. daß der Inhaber den Nachweis führen muß, daß der Verklagte (wenn er Acceptant einer Tratte oder Aussteller eines eigenen Wechsels ist) Deckung erhalten, resp. daß er (wenn die Klage gegen den Aussteller einer Tratte gerichtet ist) seinerseits keine Deckung gegeben, andererseits von seinem Nehmer oder einem Dritten Deckung bekommen oder noch zu fordern hat;
7. daß, weil nur die materielle causa an die Stelle der formellen getreten, der Gerichtsstand der Klage derselbe ist, wie für den Wechselanspruch;[71])
8. daß endlich dem Inhaber des präjudicirten oder verjährten Wechsels die Cumulation der Klage gegen den Acceptanten **und** den Aussteller zur Seite steht. Denn der Art. 83 befindet sich unter dem Marginale „Klagerecht." Der Art. 81 ist hier in dieser Beziehung ebensowenig ausgeschlossen, als rücksichtlich dessen, daß auch der Mitacceptant oder Mitaussteller wegen Bereicherung in Anspruch genommen werden kann.

---

69) Erk. dess. Ger.-Hofes v. 18. Septbr. 1851, **Strieth.** Arch. Bd. III S. 86.
70) cfr. **Savigny**, System Bd. V S. 526.
71) Erk. des niederösterr. Ober-Ger. vom 27. Januar 1858; Oesterr. Ger. Zeit. pro 1858 Nr. 22.



Dies zur Widerlegung der vom Appellations-Gericht zu Cöln im Erkenntniß vom 18. Mai 1854 im entgegengesetzten Sinne ausgesprochenen Ansicht (Rh. Arch. Bd. L S. 41).

Nach dem Vorstehenden ist die Bereicherungsklage eine Klage, welche auf dem Fundament des Wechsels und der materiellen causa beruht. Wo eines dieser Fundamente fehlt, ist auch die Klage nicht begründet. Daher kann sie gegen den Bezogenen nicht gerichtet werden. Es fehlt hier das Moment, daß eine formelle causa für ihn vorhanden gewesen. Ebensowenig kann der verloren gegangene Wechsel den Kläger zu einer Bereicherungsklage berechtigen. Denn auch hier fehlt der Wechsel, mithin ein Theil des Klagefundaments. Nur gegen den Acceptanten allein ist eine Klage in diesem Falle zulässig, weil diesem gegenüber auch zur Geltendmachung des Wechselanspruchs es des Wechsels nicht bedarf. Art. 73, 74.

IV. Voraussetzung, Anwendung und Begrenzung.

Die Klage wegen Bereicherung setzt demnach voraus:

1. einen seiner Form nach gültigen, nunmehr wegen Präjudizes oder Verjährung seiner formellen Kraft beraubten Wechsel,
2. einen formell legitimirten Inhaber,[72])
3. eine von dem Verklagten eingegangene (formell) rechtsgültige Verpflichtung;
4. Nichtbeobachtung der Form zur Wahrung der Rechte. Aus welchem Grunde die Versäumniß derselben geschehen, ist gleichgültig. Weder vis major[73]) noch dolus können die zerstörte oder nicht beobachtete Wechselform wiederherstellen. Denn der dolus ist nur geeignet, die exceptio des Gegners gegen einen formell gültigen Wechsel zu beseitigen, nicht aber den formell mangelhaften Wechsel zu ergänzen. Der dolus gibt kein Wechselrecht.[74])
5. Die aus dem Wechsel nicht ersichtliche daher vom Kläger zu erweisende Thatsache, je nachdem der Verklagte Acceptant resp. Aussteller eines eigenen Wechsels oder Trassant ist, daß er Deckung erhalten, beziehungsweise, daß er keine gegeben, dagegen selbst von seinem Nehmer oder einem Dritten valuta bekommen, oder solche

---

72) oben sub III Nr. 3.

73) cfr. Brauer und Einert im Arch. f. W. R. Bd. I S. 272 ff. und 277 ff. und das Erk. des Ober-Appell.-Gerichts zu Dresden im Wochenblatt für merkw. Rechtsfälle pro 1849 Nr. 60 und 61.

74) cfr. auch Thöl, Handelsrecht Bd. II § 220 und Liebe, Erläuterungen S. 277 ff.

Digitized by Google

noch zu fordern hat. Denn steht ihm ein Forderungsrecht gegen einen Dritten z. B. Committenten bei einer Commissions-Tratte zu, so ist er eben so bereichert, als wenn er die Deckung erhalten.[75]) Nam et si ita stipulatus esset, ut, quum moreretur, deberi ei inciperet, tamen augerentur bona ejus, quemadmodum, si ipse sub eadem conditione promisisset, defuncto eo minuerentur. Nun kann der Verklagte den Bereicherungsanspruch durch Cession dieses Rechts von sich abwenden.[76])

Dieses Fundament ist nie aus dem Wechsel selbst ersichtlich, da sogar das Bekenntniß der empfangenen Valuta häufig nur als Form benutzt wird und auch daraus noch nicht erhellt, wie viel an Valuta gezahlt worden. Es fehlt sonach einerseits an dem animus confitendi, andererseits an dem Maaße der Bereicherung.[77]) Weil dieses Fundament der Klage nicht aus dem Wechsel hervorgeht, deshalb eignet sich auch die Klage zur Wechselklage nicht. Dieselbe kann daher nur auf civilrechtlichem Wege geltend gemacht werden.[78])

6. Verklagter ist entweder der Aussteller oder der Acceptant. Geht dieselbe gegen einen von beiden, so kann sich der Andere nicht dadurch schützen, daß der Wechsel für den Nichtverklagten noch nicht präjudicirt oder verjährt sei. Denn die Klage ist eine selbstständige und gründet sich darauf, daß in Bezug auf den Verklagten die causa eine mangelhafte geworden. Anderer Meinung scheint das Kammergericht in dem schon oben sub III Nr. 3 allegirten Erkenntnisse S. 179 zu sein. Denn es wird dort der desfallsige Einwand des wegen Bereicherung verklagten Ausstellers, daß die Acceptanten noch wechselmäßig haften, nur auf Grund der Thatsache zurückgewiesen, daß letztere frustra excussus gewesen.

Replicirt kann der Klage werden, vorausgesetzt, daß die vorangeschickten Momente vorhanden sind: daß der Gewinn, welchen der Verklagte gehabt, wiederum weggefallen ist. Dieses ist eine Thatsache und muß vom Verklagten bewiesen werden. Als nützliche Verwendung ist die Klage nicht zu behandeln, weil die Obligation aus derselben mit dem

75) l. 32 pr. Dig. ad legem Falcid. (XXXV 2).
76) cfr. auch Conf. Prot. Sitz. XXVIII S. 195.
77) Erk. des Ob. Appell. Ger. zu Lübeck v. 22. Januar 1853, Römer, Samml. Bd. I S. 24.
78) § 75 des Pr. Entw. und Erk. des Appell. Ger. zu Cöln vom 27. Februar 1851 und 18. Mai 1854; Rhein. Arch. Bd. XLVII S. 215, Bd. L S. 44; cfr. auch Thöl, Handelsrecht Bd. II § 220.

Digitized by Google

Augenblicke der Verwendung entsteht, im vorliegenden Falle die Obligation nicht schon durch die für den Wechsel geschehene Gegenleistung, sondern erst durch den Wegfall der Wechsel-Obligation begründet wird. Es kann sonach nicht der Zeitpunkt der Leistung, sondern derjenige als entscheidend angenommen werden, an welchem die Rückforderung begründet war. Maßgebend für den Zeitpunkt der Bereicherung ist die Insinuation der Klage.[79])

Auch der Aussteller gegen den Acceptanten hat in beregtem Falle nur die Bereicherungsklage. Denn dasselbe Verhältniß, welches zwischen Jenem und dem ersten Indossatar (Remittenten) obwaltet, liegt auch zwischen Trassanten und Acceptanten vor.[80])

Gegen den Indossanten, vorausgesetzt, daß er nicht zugleich Aussteller ist, soll nach positiver Bestimmung keine Klage wegen Bereicherung stattfinden. Diese Beschränkung erscheint wenigstens durch die Gründe, welche von Liebe hierfür angeführt werden,[81]) durchaus nicht motivirt.[82])

Selbstverständlich braucht der Inhaber seine Zuflucht zur Bereicherung nicht zu nehmen, wenn noch andere Gründe, als die bloße Erlöschung der formellen causa durch Präjudiz und Verjährung vorhanden sind. In solchen Fällen bleibt auch der Indossant nicht verschont. Aus diesem Grunde ist auch statt der früheren Fassung des Absatzes 2 (im Commiss. Entw. § 84, „gegen den Indossanten —") „findet kein anderweiter" u. s. w. der Satz dahin formulirt worden: „ein solcher Anspruch nicht statt." Hiermit sollte angedeutet werden, daß nur soweit es sich um die Bereicherung handle, die Indossanten befreit bleiben.[83])

Deshalb gehört der Fall gar nicht hierher, wenn ein Indossant mehrere Duplicate an verschiedene Personen begibt. Er haftet nicht, wie Hoffmann[84]) meint, auf Grund der Bereicherung, sondern als Betrüger. Es scheidet ferner der Fall aus, wenn eine solche Tratte mit falschem Indossament versehen worden. Das erste falsche Indossament, vorausgesetzt, daß es nicht vom Aussteller herrührt, zieht eine Bereicherung nicht nach sich (das Gegentheil, aber mit Unrecht, nimmt

79) §§ 222 I. 7 A. L. R., § 48 I. 7 A. G. O.; cfr. auch Koch, Anl. S. 771 ff. und Arch. f. W. R. Bd. II S. 48 ff.

80) cfr. unsere Ausführung am Schlusse der Einleitung in Goldschmidt's Zeitschrift l. c. Dieses folgt auch aus Art. 98 Nr. 10.

81) Conf. Prot. Sitz. XXVIII S. 192 ff.

82) cfr. Thöl a. a. O. und Grävell im Arch. f. W. R. Bd. I S. 115 ff.

83) Conf. Prot. Sitz. XXVIII S. 192 ff., Sitz. XXXIV S. 242.

84) Ausführl. Erläut. der allgem. D. W. O. S. 597; cfr. auch Stern im Arch. f. W. R. Bd. IV S. 283 Note 18 und Jolly ebendas. Bd. III S. 261.

Digitized by Google

Hoffmann an a. a. O.). Denn der Umstand, daß eine Fälschung begonnen worden, macht den redlichen Erwerber und Indossanten nicht in einem höheren Grade verpflichtet (— Rechte kann er unter Umständen weniger haben —) als aus einer echten Tratte. Gegen den Fälscher bedarf es der Klage aus der Bereicherung nicht. Von dem Art. 83 Abs. 2 gibt es jedoch eine Ausnahme, die nämlich, wenn zu Gunsten des Indossanten der Wechsel ausgestellt worden und zwar unter der Verabredung, daß dieser seiner Zeit Deckung leisten solle.[85]) Die Verjährung ist eine dreißigjährige.

---

85) cfr. Ladenburg im Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft Bd. V S. 36 ff. und Hoffmann l. c. S. 596.

Nr. 8.

Die Reform der Subhastations-Ordnung.

Von dem Kreisrichter Voigtel in Burg.

Die Abgeordneten Conrad und Genossen haben in der vergangenen Legislaturperiode des preußischen Landtags einen in Gesetzesform gekleideten Antrag, betreffend (mehrere) Abänderungen der Subhastations-Ordnung, eingebracht. Die dem Antrage beigefügten Motive sind der Schrift:

> die Preuß. Hypotheken- und Subhastations-Gesetzgebung von Meyer, Königl. Ober-Tribunalsrath. Berlin 1854

großen Theils entlehnt. Der Gesetzentwurf hat die Bestimmungen über das Kaufgelderbelegungs-Verfahren (§ 383—404, § 46—63 Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855) fast unverändert beibehalten, für das übrige Verfahren aber mehrere tief eingreifende Abänderungen vorgeschlagen, deren wesentliche Tendenz dahin geht,

> „die Rechtshülfe für die Creditoren zu beschleunigen."

Zur Erreichung dieses Zweckes wird insbesondere vorgeschlagen:

1) Beschränkung der privilegirten Einreden des Schuldners.
2) Gänzliche Beseitigung der Taxation.
3) Abkürzung der Fristen für den Bietungstermin.
4) Unbedingte Cautionspflicht der Bieter.
5) Aufhebung der für adlige Landgüter in § 48 G. O. I. 52 getroffenen Special-Bestimmung.

Digitized by Google

Der Gesetzentwurf, der auf dem Landtage nicht mehr zur Berathung gekommen, und sodann den Gerichten zur Begutachtung übersandt ist, hat, wie wir vernehmen, die verschiedenartigste Beurtheilung gefunden. Während seine Tendenz auf vielen Seiten, und auch bei uns, volle Zustimmung gefunden hat, finden Andere keinen Grund, die bestehende Gesetzgebung zu ändern. Einige halten sogar die Rückkehr zu den durch die Verordnung vom 4. März 1834 beseitigten Bestimmungen des Tit. 52 Th. I. A. G. O. für wünschenswerth und geboten. Bei solcher Differenz der Ansichten dürfte eine Besprechung des Gesetzentwurfs in seinen wesentlichen Theilen nicht unangemessen sein.

Das preußische Subhastations-Verfahren ist, bei Gefahr der Vernichtung, an bestimmte Formen und Fristen gebunden, welche die Befriedigung des Hypothekengläubigers im günstigsten Falle auf 3/4 resp. 1 Jahr (je nachdem das Grundstück unter oder über 5000 Thlr. werth ist) über den Zeitpunkt, wo die Forderung vollstreckbar geworden, hinausschieben. Der Gesetzentwurf will Vereinfachung der Formen, Abkürzung der Fristen. Es fragt sich also hier, wie überall, wo de lege ferenda debattirt und entschieden werden soll:

1) Ob eine solche Vereinfachung und Abkürzung überhaupt geboten ist?

und im Bejahungsfalle dieser ersten Frage:

2) In welcher Art die Reform auszuführen ist? Wie die speziellen Bestimmungen des neuen Gesetzes zu fassen sind, damit sie den anerkannten Zweck auch wirklich erfüllen, damit sie in sich und mit dem übrigen Rechtssystem schlüssig sind?

Die zweite eventuelle Frage ist specifisch juristischer Natur, und wird unten besprochen werden. Für die erste und Vorfrage giebt die juristische Theorie wenig oder gar keinen Anhalt. Die gesetzgeberische Entscheidung darüber:

> ob die Vollstreckung der Execution in gewissen Fällen zu beschleunigen, zu verzögern, oder ganz zu versagen?

läßt sich nicht aus allgemeinen Rechtsprincipien herleiten und construiren. Sie läßt sich nur auf eine Zusammenstellung concreter Thatsachen, auf den jedesmaligen Culturzustand einer bestimmten Nation gründen. Die Vorfrage präcisirt sich also näher dahin:

> Gebietet hier in Preußen im Jahre 1862 der ethische und nationalöconomische Culturzustand der Nation, daß den Hypothekengläubigern eine schleunigere Rechtshülfe gewährt werde?

Digitized by Google

Der Richter, welcher die bestehenden Gesetze fortwährend practisch anwendet, hat allerdings besondere Gelegenheit, zu beobachten, in wie fern sie mit dem gegenwärtigen Culturzustande und Rechtsbewußtsein der Nation noch im Einklange sind. Sein Wirkungskreis bleibt aber immer ein geographisch und sachlich beschränkter. Sobald es sich also um die Entscheidung solcher gesetzgeberischer Fragen handelt, wird er die Feststellungen und Urtheile sachverständiger Nationalöconomen zu Rathe ziehen müssen, wenn er nicht Gefahr laufen will, einseitig zu werden.

Der Hypothekengläubiger, welchem der Schuldner zur versprochenen Zeit nicht gezahlt, und also den geschlossenen Vertrag gebrochen hat, ist nach dem strictum jus wohl befugt, seine Befriedigung durch möglichst schleunigen Verkauf des Grundstücks zu verlangen. Er hat ja das Darlehn nur unter der Voraussetzung gegeben, daß Capital und Zinsen zur verabredeten Zeit pünktlich zurückgezahlt werden. Er ist schon durch die unvermeidliche processualische Feststellung seiner Forderung bis zur Vollstreckbarkeit des Urtels oder Mandats hingehalten. Wenn nun die Subhastationsordnung darüber hinaus des Gläubigers Befriedigung auf eine weitere Frist von $^3/_4$ bis 1 Jahr hinausschiebt, so kann dies (abgesehen von der durch das Verfahren selbst unumgänglich gebotenen Frist) nur durch ganz besondere und triftige Gründe gerechtfertigt werden.

Die Anhänger der bestehenden und vergangenen Gesetzgebung haben denn auch solche Gründe angeführt, und hieraus nachzuweisen gesucht, daß jenes summum jus des Gläubigers bei seiner practischen Ausführung zur summa injuria werde. Ihre Gründe sind theils:

1) ethischer Natur, auf Humanitätsprincipien gestützt, theils:
2) politischer und nationalöconomischer Natur.

Die ethischen Gründe sind unschwer zu widerlegen. Ihren Vertheidigern hat überall nur ein einseitiges Bild der Sache vorgeschwebt. Sie sehen im Hypothekengläubiger nur den reichen Capitalisten, den hartherzigen Wucherer, welcher den braven, durch unverschuldetes Unglück herabgekommenen, Schuldner unbarmherzig von Haus und Hof vertreibt. Da heißt's denn, dem armen Schuldner müsse geholfen werden mit Fristen und Dilationen, die ja der reiche Gläubiger sich wohl gefallen lassen könne.

Aber mindestens eben so oft liegt die Sache grade umgekehrt. Die meisten Hypothekengläubiger bedürfen dringend der schleunigen Beitreibung von Zins und Capital, um ihre eignen Verbindlichkeiten zu erfüllen,

Digitized by Google

ja um nur existiren zu können.[1]) Man denke nur an die Auszüge und Terminsgelder der Altsitzer und Wittwen, an die Vater- und Mutter-Erbtheile, an die karg bemessenen Ausgüterungen der abgefundenen Geschwister, deren Bruder, der Annehmer des Hofes, durch dessen billige Uebernahme schon so bedeutend bevorzugt ist. Man berücksichtige, daß grade diese Capitalien einen sehr beträchtlichen Theil der Hypothekenschulden unseres ländlichen Grundbesitzes ausmachen. Man denke ferner an öffentliche und Privatbeamte, Officiere und Pensionäre, deren Gehalt zum Unterhalte einer Familie nicht ausreicht, die sich aber im Vertrauen auf ihr oder ihrer Ehefrauen hypothekarisch sichergestelltes Erbgut verheirathet haben. Das alles sind auch Capitalisten! Aber die Existenz aller dieser Personen ist durch die pünktliche Zahlung von Capital und Zinsen bedingt. Geschieht solche nicht, müssen sie den Rechtsweg beschreiten, und auf dem langgedehnten, kostspieligen und gefahrvollen Wege unserer Subhastations-Ordnung ihre Befriedigung suchen und erwarten — dann möchte sich der mitleidige Ethiker doch eher bewogen finden, den armen Gläubiger, denn den armen Schuldner zu bedauern.

Die politischen und volkswirthschaftlichen Gründe treten mit scheinbar größerer Berechtigung auf. Es ist zuzugeben, daß der Grundbesitz als ein wesentlicher Factor der preußischen Staatswirthschaft besondere Berücksichtigung verdient. Denn in Preußen wurzelt 60 Procent aller jährlichen Production und Consumtion im Grundbesitze.[2]) Von der preußischen Bevölkerung leben 41 Procent allein von der Landwirthschaft, 11 Procent treiben außerdem den Landbau als Nebengewerbe, während z. B. nur 25 Procent vom Gewerbfleiße leben.[3]) Und da nun der Grundbesitz in etwa gleichem Verhältnisse dem Staate Steuern und Soldaten liefert, so wird ihm ein besonderer Schutz der Gesetzgebung, insbesondere auch der Subhastations-Gesetzgebung nicht zu versagen sein. Aber dieser Schutz ist im modernen Staate nicht mehr durch Privilegien, durch langsame und nachsichtige Rechtshülfe, sondern durch das grade Gegentheil, durch die strengste Schuldgesetzgebung zu gewähren.

Die Capitalisten haben heutzutage durch die Credit-Institute und Banken, durch Wechsel, Staats- und andere Inhaber-Papiere tausendfache Gelegenheit, ihre Gelder mit gleicher Sicherheit, und gleichem Zins-

1) Abhandlung über Acker- und Häuserbau und den Grundcredit, in der Zeitschrift des Königl. Preuß. statistischen Büreau's. Jahrgang 1861 Seite 48.
2) Daselbst Seite 31.
3) Roscher, System der Volkswirthschaft. 1858. 1860. Th. I. § 65. Th. II. § 21. v. Reden, Erwerbs- und Verkehrsstatistik von Preußen. I. S. 282.

Digitized by Google

fuße, wie im Grundbesitze anzulegen. Da ihnen nun dort außerdem pünktliche Zinszahlung und einfache schleunige Wiedereinziehung des Capitals gesichert ist, so werden sie natürlich dort ihre Gelder unterbringen, und sie sonach dem Grundbesitz entziehen, wo deren Realisation mit Umständen, Zeit und Kosten verknüpft ist.

Das ist denn auch bereits eingetreten. Während die Landwirthschaft grade jetzt bei ihrer fortschreitenden Industrialisirung und Intensivirung der Capitalien so nöthig bedarf,[4]) ist die Mehrheit der heutigen Nationalöconomen dahin einig, daß dem Grundbesitze Capital und Credit mangele, daß eben dadurch seine Entwickelung gehemmt werde, während Industrie und Handel, ohnehin schon vermöge ihrer größeren Concentration, Verfügungsfreiheit und Rührigkeit zu raschem Wachsthum geneigt, den Grundbesitz zu überflügeln anfangen.[5])

Die Abhülfe dieses Uebels kann nur durch Beseitigung seiner Ursachen, durch das Wegräumen der Hindernisse geschafft werden, welche dem Capital die Unterkunft im Grundbesitze erschweren, und ihm das Bleiben verleiden.[6]) Solches Hinderniß ist aber sicherlich eine Subhastations-Ordnung, welche mehr, als durchaus juristisch nöthig ist, das Verfahren an Formalitäten knüpft, die Fristen in die Länge zieht, und dem Schuldner Gelegenheit zu chicanöser Verzögerung giebt.

Daß eine sichere und schleunige Rechtshülfe im wohlverstandenen Interesse des Schuldners liege, haben auch die Rittergutsbesitzer sehr wohl erkannt, welche sich in den preußischen Provinzen zu Creditverbänden vereinigt haben. Nach § 250 seq. der landschaftlichen Creditordnung für das Großherzogthum Posen vom 15. Decbr. 1821 (Ges. S. S. 218) soll z. B., wenn ein Besitzer nicht pünktlich die Zinsen an die Casse abführt, sofort durch einen reitenden Boten der Landschaftsrath benachrichtigt werden, letzterer aber sofort mit einer vereideten Gerichtsperson sich auf das Gut begeben, die Wirthschaftsbestände arrestiren und versilbern u. s. w.

Diese Hypothekenschuldner haben sich also freiwillig einer scheunigeren, strengeren Exekution unterworfen, als sie der Staat in seinen allgemeinen Gesetzen androht — wohl einsehend, daß ein unvollkommener langsamer Rechtsschutz nur für den unredlichen Schuldner ein nur imaginärer Gewinn ist.

Dem Mörder, der da nach dem Rechte fragen wollte, aus welchem

---

4) Roscher, Thl. II. § 22. 92. 99.

5) Roscher, Thl. II. § 21. — Zeitschrift des Königl. Preuß. statistischen Büreau's Seite 43.

6) Zeitschrift des K. Pr. statistischen Büreau's Seite 46.

Digitized by Google

der Staat eine so schwere Strafe ihm androhe und vollstrecke, dem würde man durch ein einfaches argumentum ad hominem erwiedern: „Du selbst lebtest längst nicht mehr, wärest längst erschlagen, wenn diese Strafe nicht angedroht und vollstreckt würde!" Und ebenso kann man dem Schuldner, der sich über schleunige und rücksichtslose Subhastation beklagen wollte, nur erwiedern: „Du hättest das Capital, wegen dessen jetzt subhastirt wird, niemals bekommen, du wärest längst öconomisch ruinirt, wenn nicht solch' schleunige Rechtshülfe angedroht und vollstreckt würde!" —

Wenn wir hiernach die erste und Vorfrage, ob die Rechtshülfe überhaupt möglichst zu beschleunigen und zu vereinfachen, überall bejahen müssen, so haben wir uns nun der zweiten, speciell juristischen Frage zuzuwenden,

> welche Vereinfachungen und Abkürzungen die rechtliche Natur der Subhastation als zulässig und ausführbar erscheinen läßt?

Wir werden uns hier, um nicht zu viel Raum in Anspruch zu nehmen, auf die Hauptpunkte des Gesetzentwurfs beschränken.

I.

Nach dem bestehenden Rechte (§ 5 V. O. 4. März 1834, § 15 Ges. 20. März 1854) muß der Einleitung jeder Subhastation der vierwöchentliche Zahlungsbefehl vorangehen. Der Gesetzentwurf hat dieses Mandat im § 4 beibehalten. Im Interesse einer Beschleunigung des Verfahrens dürfte diese vierwöchentliche Frist aber wohl erspart werden können. Für die Mobiliar-Exekution ist der monitorische Zahlungsbefehl bereits durch § 15 Ges. 20. März 1854 beseitigt.

Dem Hypothekenschuldner, der überhaupt zahlen kann und will, bleibt auch ohne jene vierwöchentliche Frist hinlängliche Zeit, um Gelder flüssig zu machen, oder einen Cessionar zu ermitteln, und dadurch den Verlust des Grundstücks abzuwenden. Zuerst die drei bis sechsmonatliche Kündigungsfrist des Capitals, dann der Lauf des processualischen Verfahrens, dann die Appellationsfrist (wenn nicht Mandatsklage vorliegt), endlich die unumgängliche Frist bis zum Taxations- und Bietungstermine. Ein weiterer Verzug erscheint also durch die rechtliche Natur des Verfahrens nicht geboten.

Andrerseits hat der Herr Ober-Tribunals-Rath Meyer in seiner angeführten Schrift (Seite 72. 73. 87. 93,) zur Feststellung der Einreden gegen die Zulässigkeit der Subhastation und der Interventions-Ansprüche

Digitized by Google

dritter Personen ein Vorverfahren in Vorschlag gebracht, dessen Zweckmäßigkeit wir anerkennen müssen. Da solche Ansprüche und Einreden erfahrungsmäßig sehr häufig vorkommen, da sie, selbst dann, wenn das Aufgebot der unbekannten Realprätendenten gleichzeitig erfolgt, noch bis zum Schlusse des Bietungstermins zulässig sind, da endlich über solche Ansprüche unter Aussetzung der Subhastation im besonderen Processe zu verhandeln ist,

J. M. Blatt 1853 S. 120. 127—131.
Erk. 13. Septbr. 1852. (Archiv Th. 7. S. 82.)
Erk. 1. Octbr. 1852 (Archiv Thl. 8. S. 4.)

so entstehen leicht unnöthige Verzögerungen und Kosten. Denn nach Entscheidung der Interventions- und Special-Prozesse muß das Subhastations-Verfahren mit seinen Fristen, Vorladungen und Insertionskosten wiederholt werden.

Zur Beseitigung dieses Mangels wird nun (S. 73) vorgeschlagen:

> Die bekannten und unbekannten Interessenten der Subhastation und Realprätendenten werden, vor deren Einleitung, persönlich und öffentlich aufgefordert, ihre etwaigen Einreden gegen die Zulässigkeit der Subhastation binnen vierwöchentlicher Präclusivfrist in bescheinigter Form anzubringen, widrigenfalls sie mit denselben nur an die Kaufgelder verwiesen werden. Ueber die Einreden wird dann im schleunigen Proceßverfahren (§ 13. 27. V. O. 21. Juli 1846) verhandelt und erkannt. Erst nach rechtskräftiger Entscheidung dieser Processe, resp. nachdem die vierwöchentliche Frist ohne Vorbringung solcher Einreden abgelaufen ist, wird die Subhastation eingeleitet.

Wegen der näheren Motivirung verweisen wir auf die gedachte Schrift, können aber nicht unerwähnt lassen, daß die Worte S. 93

> „jedenfalls sind diese Einreden bis zum Licitationstermin geltend zu machen"

wohl auf einem Druckfehler beruhen. Sie stehen mit den Worten S. 73

> daß erst nach Erörterung und Entscheidung der Einreden mit der Taxe und Subhastation verfahren werden solle

im graden Widerspruche, und würden, ihre Richtigkeit vorausgesetzt, gar keine Abkürzung des bestehenden Verfahrens herbeiführen. Denn nach dem Licitationstermine können auch jetzt schon solche Einreden nur restitutionis modo vorgebracht werden.

Die Aufforderung würde übrigens in der sub Nr. V. vorgeschlagenen Weise öffentlich bekannt zu machen sein. Ein besonderes Präclusions-Erkenntniß mit Restitution dagegen halten wir nicht für erforderlich. Die durch die Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 geschehene Beseitigung solcher Urtel hat sich in den Concursen als durchaus practisch, Verzögerungen und unnütze Förmlichkeiten ersparend, herausgestellt.

Digitized by Google

II.

Der § 4 des Gesetzentwurfs verordnet,

> daß gleichzeitig mit dem Erlaß des Zahlungsbefehls, sofort nachdem die Requisition des Proceßrichters eingegangen, die Eintragung des Subhastations-Vermerks beantragt werden solle.

Wenngleich dies bisher erst nach Ablauf der vierwöchentlichen monitorischen Frist geschah, so sind uns doch keine Fälle bekannt geworden, in denen die Schuldner diese Frist zu Verkürzungen der Gläubiger benutzt hätten. Der Grund davon liegt indessen, unseres Erachtens, weniger in dem guten Wollen der Schuldner, als in der ungenauen Fassung des Subhastations-Vermerks, welche dem Schuldner auch nach dessen Eintragung noch Verkürzungen der Gläubiger gestattet.

Nach § 3 V. O. 4. März 1834 soll der Vermerk lauten:

> daß die Subhastation verfügt worden, und spätere Dispositionen den bis dahin eingetragenen Gläubigern unnachtheilig sind.

Der § 4 des Entwurfs fügt noch den Extrahenten hinzu. Denn der nicht eingetragene Extrahent kann bei der jetzigen Fassung des Vermerks ganz von den Kaufgeldern ausgeschlossen werden. Der Schuldner kann, unbehindert durch den Vermerk, das Grundstück noch mit Forderungen belasten, die dann bei der Kaufgelderbelegung dem Extrahenten vorgehen, wenn er nicht etwa die kostspielige Eintragung seiner Forderung nach § 22 V. O. 4. März 1854 veranlaßt hat.

Außerdem aber (und dies ist das Wichtigste, das auch in unserer Praxis nicht unbeobachtet geblieben ist) ist das Wort „unnachtheilig" ein zu allgemeiner und unbestimmter Begriff. Seine Wirksamkeit und Bedeutung ist zwar nach der allgemeinen Praxis insoweit unzweifelhaft, als die nach Eintragung des Vermerks eingetragenen Gläubiger:

1) kein Stimmrecht z. B. über die Kaufbedingungen haben;
2) über den Zuschlag nicht gehört werden, und ihm sonach nicht widersprechen können;
3) erst nach vollständiger Befriedigung der eingetragenen Gläubiger (inclus. aller Zinsrückstände § 60 C. O. 8. Mai 1855) die Kaufgelder erhalten.

Crelinger. Die V. O. 4. März 1854 § 3 Anm. 8.

Die Schuldner machen aber ganz andere, wirksamere Manipulationen. Beim Kreisgericht zu Burg wurden der Gasthof zum Bären und die Waldmühle subhastirt. Beide Grundstücke waren noch nicht bis zur Höhe der Taxe verschuldet, ja es war noch der zehnte Theil der Taxe unverschuldet (§ 11 V. O. 4. März 1834). Der Bärenwirth und

Digitized by Google

der Waldmüller wollten ihre Grundstücke noch eine Weile behalten. Sie ließen also, der Eine Illaten für die Ehefrau, der Andere ein Darlehn für einen guten Freund, im Betrage von 1/10 der Taxe eintragen. Im Bietungstermine bestellten nun Ehefrau und guter Freund mit diesen Forderungen Caution, und überboten alle reellen Bieter, die natürlich abstanden, als der wahre Werth des Grundstücks überboten wurde. Den Meistbietern mußte auch zugeschlagen werden, da die gesetzlichen Erfordernisse der Cautionsbestellung (§ 11 a. a. O.) erfüllt waren. Der Subhastations-Vermerk in seiner unbestimmten Fassung stand ihnen nicht entgegen, denn bei Abfassung des Zuschlagsbescheids stand es ja gar nicht fest, daß die Ehefrau und der Freund nicht zahlen würden, daß also ihr Gebot und ihre Cautionsbestellung den Gläubigern nachtheilig sein würde. Der Widerspruch gegen den Zuschlag war also zurückzuweisen, wie es das Königl. Obertribunal in gleichen Fällen gethan hat.

Erk. 4. Juni 1851. (J. M. Blatt 1851 S. 387.)

Erk. 27. October 1852. (Archiv Bd. 7 S. 129).

Im Kaufgelderbelegungstermine leisteten die Käufer keine Zahlung. Die rückständigen Kaufgelder wurden eingetragen, und die Gläubiger waren um die gehoffte Baarzahlung ihrer Forderungen vorläufig betrogen. Der eigentliche Zweck der Subhastation, die Realisation der Hypothekenforderung, war also auf vollständig legalem Wege vereitelt. Dem Gläubiger blieb nur die Resubhastation übrig. Neuer Vorschuß ist zu zahlen, neue Termine, neue Fristen sind abzuwarten, bis endlich ein solventer Käufer die Kaufgelder zahlt. Daß ähnliche Operationen öfter vorkommen, ergiebt die in Nr. 240 der Berliner Bank- und Handelszeitung vom 4. September 1861 berichtete Geschichte einer Subhastation. Sie sind zu verhindern, theils durch die sub Nr. IX vorgeschlagenen Abänderungen der Cautionsbestimmungen, theils durch eine präcisere Fassung des Subhastations-Vermerks, etwa der Art:

> daß die Subhastation verfügt, und spätere Dispositionen des Besitzers für das Subhastations-Verfahren als nicht geschehen erachtet werden.

III.

Ueber die Abschätzung enthält der Gesetzentwurf in § 2. 4. 8. folgende Abänderungen:

1) Der Extrahent hat schon bei dem Antrage auf Subhastation den ungefähren gemeinen Werth des Grundstücks anzugeben.
2) Der Schuldner, dem diese Angabe im Zahlungsbefehle mitgetheilt wird, kann innerhalb der vierwöchentlichen Frist durch ein Attest der Ortsobrigkeit, des Gerichts oder Creditverbandes den von ihm behaupteten anderen gemeinen Werth bescheinigen.

Digitized by Google

3) Jeder Subhastations-Interessent (mit Einschluß des Extrahenten) kann bis 8 Tage vor dem Bietungstermine durch eine gerichtliche Taxe einen höheren oder geringeren gemeinen Werth des Grundstücks, als zu 2 und 3, bescheinigen.

4) Wenn die Bescheinigungen ad 2. 3 nicht erfolgen, bleibt die Angabe zu 1, wenn die zu 3 nicht erfolgt, die zu 1 resp. 2, für das ganze Verfahren maßgebend.

Die gerichtliche Abschätzung vermehrt die Kosten und verlängert das Verfahren um 4 bis 6 Wochen. Das neue Verfahren beseitigt oder ermäßigt diesen Uebelstand; aber es genügt nicht für die Subhastation. Hier hat die Abschätzung einen doppelten Zweck:

1) die Beschreibung des Grundstücks, Feststellung der Identität des Ganzen, seiner Theile und Pertinenzien,
2) die Ermittelung des Gesammtwerthes.

Letztere, welche nur den Bietern zur Information dienen, und bei Regulirung des Cautionspunktes (§ 11. 13. V. O. 4. März 1834) den Anhalt geben soll, dürfte durch das neue Verfahren vollkommen ausreichend bewirkt werden. Denn jeder Interessent, dem sie nicht genügt, hat ja Gelegenheit, genauere Feststellung zu bewirken.

Anders verhält es sich mit der Identität. Das Hypothekenbuch giebt über Bestandtheile, Pertinenzien, Zubehör des Immobile wenig oder gar keine Auskunft. Diese Punkte müssen aber, ebenso wie die Interventions-Ansprüche Dritter, im Verfahren genau festgestellt werden, damit der Adjudicatar gegen Grenzstreitigkeiten, Evictionsprozesse und dergleichen geschützt werde. Der gerichtliche Termin zur Aufnahme, resp. Verhandlung über die Taxe ist hierzu allein genügend. Das Verfahren des Gesetzentwurfs, welches diese Feststellung nur in Ausnahmsfällen anordnet, dürfte daher nicht für die Subhastation ausreichen.

Die inzwischen publicirten beiden Gesetze vom 21. Mai 1861 (G. S. S. 253 seq. 317 seq.) betreffend:

1) die anderweite Regulirung der Grundsteuer,
2) die Einführung einer allgemeinen Gebäudesteuer,

verordnen nicht nur eine detailirte Abschätzung sämmtlicher Gebäude und Liegenschaften, sondern eine specielle Beschreibung und Aufzählung der zu jedem Immobile gehörigen Theile und Pertinenzien. Vom 1. Januar 1865 ab, wo diese Abschätzung und Feststellung vollendet sein soll, dürfte dann in den meisten Fällen ein amtlicher Auszug aus dem Kataster für die Subhastation genügen, und dadurch jedes weitere Taxverfahren entbehrlich gemacht werden.

Digitized by Google

IV.

In den §§ 6—8 proponirt der Gesetzentwurf:

1) daß die Fristen für den Bietungstermin auf die Hälfte herabzusetzen, also 3 Monate bei Grundstücken im Werthe von mehr als 5000 Thalern, 6 Wochen bei den übrigen;
2) daß der Publicationstermin des Zuschlagsbescheids 10 Tage nach dem Bietungstermin;
3) daß der Kaufgelderbelegungstermin 4 Wochen nach dem Publicationstermin anzuberaumen;
4) daß diese 3 Termine gleichzeitig im Subhastations-Patente bekannt zu machen.

Die zu 1 vorgeschlagene Abkürzung halten wir zwar für die meisten Subhastationen als völlig zweckentsprechend. Es können aber doch immer Fälle vorkommen (z. B. Verkäufe großer Güter und Herrschaften), in denen eine dreimonatliche Frist zu kurz erscheint. Um solchen Fällen, und überhaupt den individuellen Verhältnissen jeder einzelnen Subhastation Rechnung zu tragen, dürfte das für den Concurs eingeführte Princip zu empfehlen sein (§ 164 seq. 348 seq. C. O. 8. Mai 1855). Darnach wäre die Bestimmung der Fristen nur durch ein maximum und minimum im Gesetze zu limitiren, für den einzelnen Fall aber ganz dem Ermessen des Subhastationsgerichts zu überlassen. Wir würden denn folgende limita:

1) für den Bietungstermin 1—6 Monate,
2) für den Publicationstermin 7—14 Tage,
3) für den Kaufgelderbelegungstermin 1—2 Monate

in das Gesetz aufnehmen.

Der Vorschlag ad 4 harmonirt ebenfalls mit den Bestimmungen der Concursordnung (§ 164. 165. 168. 348). Es werden dadurch Schreibereien, Insinuationen und Formfehler vermieden, die später die Anfechtung des Zuschlagsbescheids begründen könnten. Auch können alle Interessenten nunmehr den Lauf des ganzen Verfahrens übersehen, die Bieter sich mit der Beschaffung der Geldmittel, die Gläubiger sich mit der anderweitigen Unterbringung ihrer Capitalien darnach einrichten.

V.

Bei der öffentlichen Bekanntmachung des Bietungstermins hat sich der Gesetzentwurf (§ 8) der bestehenden Gesetzgebung insoweit angeschlossen, als er:

1) je nach dem Werthe des Grundstücks (bis 50 Thlr., 50 bis 5000 Thlr., über 5000 Thlr.) verschiedene Publicationsarten beibehält;

Digitized by Google

2) die Zeit, Zahl und Art der Insertionen vorschreibt.

Wir würden aus den zu IV ausgeführten Gründen auch hier das Gericht im speciellen Falle allein entscheiden lassen. Obligatorisch für alle Subhastationen wäre nur:

1) Aushang an Gerichtsstelle.
2) Aushang in der Gemeinde.
3) Aushang im Wohngebäude des Grundstücks, wenn ein solches vorhanden ist.
4) Einmalige Insertion in eine periodische Zeitschrift.

Im Uebrigen würde es, ebenso wie in der Concursordnung (§ 123. 168) ganz dem arbitrium des Richters überlassen bleiben, in welche Zeitschrift zu inseriren, ob in eine oder mehrere zu inseriren, in welchen Zeiträumen, zu wie viel Malen.

Aushang im Dorfkruge, öffentlicher Ausruf in den Straßen der Stadt, und jeder andere Publicationsmodus wären ebenfalls, je nach Ortsgebrauch, in das Ermessen des Richters zu stellen.

VI.

Für die specielle Vorladung der einzelnen Subhastations-Interessenten hat der Entwurf (§ 13) keine Abänderung gebracht. Der § 9 V. O. 4. März 1834 und § 384 Conc. O. sind wesentlich beibehalten. Das Unterbleiben einer einzigen Insinuation, oder vielmehr die nicht ausreichende Bescheinigung derselben bei den Subhastationsacten, behält auch der Entwurf als Verletzung einer wesentlichen Vorschrift bei, welche die Nichtigkeitsbeschwerde begründet.

Unsers Erachtens ist aber die Aufhebung jener Formalität dringend wünschenswerth. Sie hat nur allzu oft zur Versagung des Zuschlags, oder zur Vernichtung des Zuschlagsbescheids in zweiter Instanz geführt. Weil das Insinuations-Document für einen der oft so zahlreichen Subhastations-Interessenten nicht ganz in der Ordnung war — darum mußte oft genug der Extrahent noch Monate lang mit seiner Befriedigung warten, der Meistbieter das Grundstück verlieren.

Wir können auch hier nur die Vorschriften der Concurs-Ordnung (§ 168) empfehlen. Darnach wäre das Patent zwar jedem Subhastations-Interessenten in Abschrift zuzustellen. Die Bescheinigung der Zustellung zu den Acten wäre aber kein wesentliches Erforderniß, als welches nur die sub V 1—4 aufgeführten Arten der öffentlichen Bekanntmachung bestehen bleiben.

Diejenigen, welche hierin eine Gefährdung der Subhastations-Interessenten erblicken, verweisen wir auf § 168 Conc. O., welcher die

Digitized by Google

Concursgläubiger weit mehr gefährdet. Wenn letztere von der Vorladung oder öffentlichen Bekanntmachung nicht erreicht werden, und sich deshalb im Concurse nicht melden, so müssen sie Alles, was dort verhandelt, beschlossen und festgestellt wird, gegen sich gelten lassen (§ 178 C. O.). Sie müssen ihre Forderungen durch den Accord auf 1 Procent, unter gänzlichem Verlust der übrigen ausfallenden 99 Procent, herabsetzen lassen (§ 183. 197. 198 a. a. O.). Endlich werden sie durch die Vertheilung der Masse, bei der sie sich nicht gemeldet haben, thatsächlich präcludirt (§ 241. 254 a. a. O.). Wenn also der Gemeinschuldner nicht etwa später wieder zu Vermögen gelangt und ein ehrlicher Mann ist, so haben sie ihre ganze Forderung verloren.

Wie geringfügig erscheint dagegen die Gefährdung des nicht benachrichtigten und deshalb ausgebliebenen Realgläubigers! Der Widerspruch gegen die Kaufbedingungen, gegen den Zuschlag und gegen vorstehende Posten geht ihm zwar verloren. Aber seine Forderung muß der Subhastationsrichter ex officio liquidiren, ad depositum nehmen, einen Curator bestellen und ein gründliches, umständliches Verfahren anstellen, um den Inhaber der Forderung zu ermitteln (§ 390. 405—415. C. O.).

VII.

Die Einreden des Erlasses, der Compensation, der Zahlung und des Vergleiches können auch im Subhastations-Verfahren erhoben werden, und wird darüber nach den Regeln des Mandatsprocesses verfahren. (§ 36. seq. A. G. O. I. 24. — § 3. 18. V. O. 1. Juni 1833. — § 6 V. O. 4. März 1834.)

Der Entwurf (§ 14) will diese Einreden nur dann zulassen, wenn:

1) sie durch notarielle oder gerichtliche Urkunden bescheinigt sind, oder
2) der Schuldner Capital und Zinsen sofort baar deponirt;

und zwar um deshalb, weil der Schuldner durch frivoles Vorbringen solcher Einreden das Verfahren aufzuhalten und zu verschleppen vermöge.

Aus unserer Praxis ist uns kein einziger Fall erinnerlich, wo solche Einreden in der Subhastation frivol erhoben wären, und dadurch eine Verzögerung des Verfahrens herbeigeführt hätten. Da über diese Einreden in dem schleunigen Verfahren des § 3 V. O. 1. Juni 1833 verhandelt wird, insbesondere die Zeugen gleich zum Audienztermine vorgeladen werden, so ist eine Verschleppung der Subhastation nicht gut denkbar; es müßten denn diese Einreden erst im Bietungstermine oder kurz zuvor angebracht sein. Für diesen Zeitpunct ist allerdings die Besorgniß der Antragsteller begründet, und würden wir also deren Vorschlag dahin restringiren:

Digitized by Google

Wenn der Schuldner erst im Bietungstermine, oder innerhalb der nächstvorhergehenden 4 Wochen solche Einreden vorbringt, so findet die Einstellung des Subhastations-Verfahrens nur dann statt, wenn die ganze Forderung (Capital, Zinsen und Kosten), wegen deren die Subhastation eingeleitet ist, entweder:

1. durch gerichtliche oder notarielle Urkunden als getilgt nachgewiesen wird, oder
2. vom Schuldner gerichtlich deponirt wird.

Die sich hieran knüpfende fernere Frage, ob auch nach Schluß des Bietungstermins der Extrahent die Subhastation zurücknehmen, oder der Schuldner durch nachgewiesene Befriedigung des Extrahenten den Zuschlag abwenden könne, ist in dem Gesetzentwurf nicht berührt. Das Königl. Ober-Tribunal und die Praxis haben jene Frage auf Grund des § 12 V. O. 4. März 1834 constant verneint. Sie gehen hierbei davon aus, daß der Kaufvertrag durch das Gebot des Meistbieters einerseits und durch die im Bietungstermine entweder ausdrücklich oder stillschweigend geschehene Acceptation desselben durch die Interessenten andererseits — für perfect und abgeschlossen zu erachten.

Präj. 535 vom 28. September 1838.
Präj. 669 vom 27. April 1839 (Entsch. Bd. 2. S. 92.)
Erk. 28. November 1851. (Archiv Bd. 3. S. 341.)
Erk. 22. Juni 1851. (J. M. Bl. 1853. S. 117.)
Erk. 2. Juli 1852. (J. M. Bl. 1853. S. 117.)
Erk. 25. April 1853. (Archiv. Bd. 9. S. 139.)

Wir können, auch de lege ferenda, dieser Annahme nur beistimmen. Sie entspricht sowohl der rechtlichen Natur des Zwangsverkaufs, als den practischen Interessen. Die Vorschläge in der Meyer'schen Schrift (S. 75 seq. 85. 96.):

1) daß der Extrahent, selbst wenn er den Zuschlag ausdrücklich bewilligt hat, noch bis zur Abfassung des Zuschlagsbescheides die Subhastation zurücknehmen könne,
2) daß der Schuldner ebenfalls bis dahin noch den Zuschlag abwenden kann, wenn er die Befriedigung des Extrahenten und Rücknahme des Subhastations-Antrags erwirkt (sofern Schuldner nicht ausdrücklich den Zuschlag bewilligt hat),

dürften (abgesehen von der juristischen Controverse) den jener Schrift selbst vorangestellten Principien einer sicheren und schnellen Fixirung der Rechtsverhältnisse nicht entsprechen. Sie stellen das Recht des Käufers länger, als nöthig, in Frage, und zwar bis zu einem Termine, der den

Digitized by Google

Interessenten bekannt, nur durch den Fleiß oder den Umfang der derzeitigen Geschäfte des jedesmaligen Referenten bestimmt wird.

VIII.

Aus ähnlichen Gründen müssen wir auch dem ferneren Vorschlage in der Meyer'schen Schrift (S. 75. 95.) und in § 14 des Gesetzentwurfes,

> daß beim Ausbleiben des Extrahenten im Bietungstermine die Acten auf seine Kosten zu reponiren,

entgegentreten. Für den ersten Audienztermin im Civilproceß hat § 24 V. O. 1. Juni 1833 zwar jenes Präjudiz eingeführt. Aber da liegt der Fall doch ganz anders; denn:

1) In diesem Termine soll der Kläger zum ersten Male vor dem Gerichtshofe erscheinen, seine Ansprüche vorbringen und ausführen. Wer da nicht erscheint, von dem kann man wohl mit Recht annehmen, daß er die Rechtshülfe nicht ferner beanspruchen wolle. Ist aber die Forderung rechtskräftig festgestellt, so hat der Kläger nur noch das eine Interesse, daß er bezahlt werde. Das Feilgebot im Bietungstermine veranlaßt der Richter in seinem und der übrigen Gläubiger Namen. Der Richter ist insoweit deren gesetzlicher Vertreter. Die Thätigkeit des Extrahenten beschränkt sich darauf, daß er specielle Kaufbedingungen stellen, und dem Zuschlage innerhalb der gesetzlichen Schranken widersprechen kann. Bleibt er nun aus im Bietungstermine, so kann dies consequent nur dahin ausgelegt werden, daß er auf die Stellung von Kaufbedingungen verzichte, und sich jeden Meistbieter gefallen lassen wolle — nicht aber dahin, daß er überhaupt auf das Feilgebot verzichte und den Subhastationsantrag zurücknehme.

2) Wenn der Kläger im Audienztermine ausbleibt und auf Antrag des Beklagten die Reposition der Acten beschlossen wird, so leidet nur der Kläger aus der eignen negligentia. Bei der Subhastation interessiren aber nicht nur der Extrahent und der Schuldner, sondern auch alle übrigen Realgläubiger. Sie verkaufen ja gemeinschaftlich mit dem Extrahenten durch den Richter das Grundstück, sie sind befugt, dessen Pächtern zu kündigen, sie haben später Eviction zu leisten (§ 12 A. G. O. I. 52, § 357 A. L. R. I. 21). Sie alle haben in Erwartung der Kaufgelderbelegung bereits Disposition für Unterbringung ihrer Capitalien getroffen. Endlich sind auch die Bieter erschienen, die wegen ihrer Versäumniß- und Reisekosten ein Interesse am Fortgange der Sache haben.

Alle diese Interessen müssen zwar dann zurücktreten, wenn der Schuldner inzwischen gezahlt, oder Stundung erhalten hat. Aber dem bloßen

Digitized by Google

Ausbleiben des Extrahenten, welches ebensowohl in erhaltener Befriedigung, als in Rechtsunkunde, Nachlässigkeit oder physischen Hindernissen seinen Grund haben kann — diesem bloßen Ausbleiben eine solche, viele Interessen Dritter berührende und verletzende Wirkung beizulegen, dazu liegt durchaus keine Veranlassung vor. Hat das Ausbleiben in der erhaltenen Befriedigung seinen Grund, so mag der Schuldner auf dem unter Nr. VII erwähnten Wege die Aufhebung der Subhastation bewirken. Hat er dies versäumt, so mag er die Folgen seiner Versäumniß tragen. Für alle Fälle hat er immer noch den Antrag auf Fortsetzung der Subhastation (§ 13 V. O. 4. März 1834), um inzwischen den Beweis der Befriedigung zu beschaffen und sich das Grundstück zu erhalten.

3) Der Kläger, welcher im Audienztermine ausgeblieben, kann binnen 4 Wochen den Proceß reassumiren. Dann wird derselbe im statu quo so fortgesetzt, als ob nichts vorgefallen wäre (§ 20 A. G. O. I. 20).

Sind aber wegen Ausbleibens des Extrahenten die Subhastations-Acten einmal reponirt, so ist ein unwiederbringlicher Schade an Zeit und Geld eingetreten. Will der Extrahent, sei es Tags darauf, die Sache wieder aufnehmen, so sind neuer Vorschuß, neue Fristen, neue Publicationen, neue Insertionsgebühren u. s. w. erforderlich.

Die auf Beseitigung von Weiterungen und Verschleppungen gerichtete Tendenz des Gesetzentwurfs und der Meyer'schen Schrift dürfte hiernach durch den Vorschlag, daß Acta beim Ausbleiben des Extrahenten im Bietungstermine zu reponiren, nicht befördert werden. Wir können diesen Vorschlag nicht als eine Verbesserung im Sinne jener Tendenz erachten.

IX.

In Ansehung des Cautionspunktes enthalten § 15. 16 des Gesetzentwurfs folgende Abänderungen:

1) Jeder Bieter muß Caution bestellen, wenn sie ihm nicht ausdrücklich von allen Betheiligten erlassen wird.

2) Die Caution wird auf $^1/_5$ der Taxe erhöht.

3) Mit den auf dem immobile eingetragenen Forderungen soll Cautionsbestellung nur dann zulässig sein, wenn sie innerhalb der ersten Hälfte der Taxe eingetragen stehen.

Dem Vorschlag zu 1 können wir nicht beitreten. Durch die Bestimmung des § 11 V. O. 4. März 1834,

> daß jeder Interessent, ohne weitere Motivirung seines Antrags von jedem Bieter Caution fordern kann,

Digitized by Google

sind die Rechte der Interessenten ausreichend gewahrt. Es wird erfahrungsmäßig sehr selten Caution gefordert. Die unbedingte Cautionspflicht jedes Bieters würde das Bietungsverfahren sehr umständlich machen. Man berücksichtige nur, daß jede Caution (sofern sie nicht mit Urkunden bestellt wird) baar auf den Gerichtstisch gezählt, vom Richter nachgezählt und zur Asservation gegeben werden muß, ehe das Bietungsverfahren mit Wiederholung derselben Operation bei jedem neuen Bieter fortgesetzt werden kann. Die sofortige Hingabe zur Asservation ist nöthig, weil der mit der Leitung des Verfahrens beauftragte Richter im menschengefüllten Zimmer nicht gleichzeitig die verschiedenen Cautionsgelder bewachen kann.

Die zu 2 vorgeschlagene Erhöhung der Caution auf $1/_5$ der Taxe ist unseres Erachtens eine wesentliche Verbesserung. Die Subhastation soll dem Gläubiger Baarzahlung schaffen. Die Erhöhung der Caution ist der geeignete Weg, um zahlungsunfähige Bieter zurückzuschrecken. Für die zahlungsfähigen Bieter aber ist sie keine zu hoch gespannte Forderung. Wer binnen 1—2 Monaten in der Kaufgelderbelegung den ganzen Kaufpreis zahlen will, der wird auch jetzt schon etwa $1/_5$ desselben flüssig machen, oder in Inhaber-Papieren niederlegen können.

Den Vorschlag zu 3 halten wir für eine ebenso glückliche Verbesserung. Grundstücke, die nur bis zur Hälfte ihres Werthes verschuldet sind, werden überhaupt nur selten zur Subhastation kommen. Hier fehlt also jede Gelegenheit zu betrüglichen Operationen der Schuldner. Sind sie aber über die Hälfte verschuldet, so wird durch den Vorschlag zu 3 den Schuldnern die Möglichkeit ähnlicher Manipulationen, wie der des Bärenwirths und des Waldmüllers (conf. Nr. II), verschlossen. Nun können die Schuldner zwar immer noch die innerhalb der ersten Hälfte eingetragenen Forderungen von ihren Mittelspersonen durch Cession erwerben und damit später Caution bestellen lassen, welche nicht gesetzlich zurückgewiesen werden kann — aber alle Betrügereien lassen sich durch die Gesetzgebung nicht verhindern, man müßte sich denn in eine subtile Casuistik verlieren, die auch wieder zahlreiche Lücken läßt.

X.

Wenn auf ein adeliges Landgut weniger als $2/_3$ der Taxe geboten werden, so findet der Zuschlag nur dann statt, wenn alle Subhastations-Interessenten darein willigen. Geschieht dies nicht, so kann der Extrahent nur auf Sequestration, oder auf Wiederholung der Subhastation antragen (§ 48. 49. G. O. I. 52).

Die Controverse, ob diese Ausnahme-Bestimmung durch § 42 Ver-

Digitized by Google

fassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 aufgehoben, ist durch das bekannte Erkenntniß des Königl. Ober-Tribunals vom 26. September 1851 (Entsch. Bd. 21. S. 112.) verneinend entschieden. Da Art. 42 der Verfassung später durch das Gesetz vom 14. April 1856 (G. S. S. 353) beseitigt ist, so sind § 48. 49. G. O. I. 52 jetzt in zweifelloser Geltung.

Der Gesetzentwurf hebt sie auf, unseres Erachtens mit Recht. Fast nichts schadet der Landwirthschaft mehr, als Gesetze, die überschuldete Eigenthümer im Besitze ihrer Grundstücke festhalten. Sie wirken ähnlich, wie Gesetze, die etwa bankerotte Kaufleute vor dem Concurse schützen sollen. Der überschuldete Besitzer wirthschaftet dann, was die Sicherheit und Nachhaltigkeit seiner Pläne betrifft, nicht anders, denn ein Pächter, dem der Contract beliebig gekündigt werden kann. Er kann ja jeden Tag die Sequestration oder erneuerte Subhastation erwarten. Dem Staate aber muß heutzutage, wo sich die Landwirthschaft immer mehr zur Wissenschaft und Kunst entwickelt, daran liegen, daß die Güter in den fähigsten Händen seien; ein Interesse, dem durch die erschwerte Verkäuflichkeit der Güter gradezu entgegengewirkt wird.[7])

Den Besitzern selbst endlich ist jene Ausnahme-Bestimmung unter den jetzigen Verhältnissen des Geldumlaufs und Personalcredits recht eigentlich ein privilegium odiosum geworden, das ihren Realcredit erheblich beschränkt, wie wir in der Einleitung nachzuweisen gesucht haben. —

Die Vorschläge über eine beschränktere Anfechtbarkeit des Zuschlagsbescheids haben wir gar nicht berührt. Da gegen die in den letzten 10 Jahren von dem Kreisgericht Burg ergangenen 271 Zuschlagsbescheide nur ein Mal Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt und verworfen ist, so können wir aus der Praxis kein Urtheil über das Bedürfniß einer Reform der bestehenden Vorschriften fällen. Hier wird die practische Erfahrung der bei dem Königl. Ober-Tribunal beschäftigten Richter, wie sie in der Meyer'schen Schrift niedergelegt ist, für den Gesetzgeber entscheidend sein. —

Schließlich noch die Bemerkung, daß sich der Gesetzentwurf und dessen Motive in einer sehr gedrängten Kürze bewegen. Viele, unseres Erachtens, erhebliche oder controverse Puncte sind darin unerwähnt geblieben. Wie steht es mit der Cession der Rechte aus dem Meistgebote? Wie mit den Zinsen und Kosten bei Feststellung der Cautionssicherheit? Kann nach Schluß des Bietungstermins die Subhastation noch aufgehoben werden? und dergleichen mehr. Es hat den Antrag-

---

7) Roscher, System der Volkswirthschaft Thl. II. § 97. 126.

Digitized by Google

stellern auch wohl weniger an einer sofortigen unveränderten Annahme des Gesetzentwurfs, als daran gelegen, daß die Principienfrage und die einzelnen Ausführungs-Vorschläge in Anregung gebracht und nach allseitiger Erörterung festgestellt werden.

Die allgemeinen Fragen, ob die Codification der Subhastations-Ordnung jetzt überhaupt angemessen, ob sie nicht mit der Reform der Hypotheken-Ordnung zu verbinden, oder die in der Allerh. Cabinets-Ordre vom 25. Februar 1861 angeregte Einführung einer allgemeinen deutschen Civilproceß-Ordnung abzuwarten — diese Fragen haben wir, als über den rein sachlichen Zweck dieser Abhandlung hinausgehend, unerörtert gelassen.

Digitized by Google

Rechtsfälle.

Nr. 10.

Eigenthumserwerb durch Dritte. — Eigenthümer im Sinne des § 225 des Straf-Gesetzbuches.

Rechtsfall, mitgetheilt vom Kammergerichts-Rath Frh. v. Diepenbroick-Grüter.

Planmäßig findet das Strafrecht in dieser Zeitschrift keine Berücksichtigung. Es könnte scheinen, als stände hiermit die gegenwärtige Mittheilung nicht im Einklange, da dieselbe mit Entscheidungen der Kriminalsenate des Kammergerichts und des Obertribunals sich beschäftigt. Allein die zur Erörterung gezogenen Fragen sind wesentlich civilistischer Natur, wenn gleich ihre Beantwortung strafrechtliche Konsequenzen im Gefolge hat, Konsequenzen so ernster und gefährlicher Art, daß es sich wohl der Mühe lohnt, ihre Unhaltbarkeit nachzuweisen.

Es handelt sich hauptsächlich um die in der Ueberschrift angegebenen Materien. Zur Konsummirung des Vergehens der Unterschlagung gehört gesetzlich die Benachtheiligung des Eigenthümers. Der Kriminalsenat des Obertribunals erachtet dieses Requisit vielfach, namentlich im Widerspruch mit dem wohlbegründeten Plenarbeschluß des Obertribunals vom 2. Oktober 1848 (Entsch. XVII. S. 19), für erledigt, wenngleich ein benachtheiligter Eigenthümer fehlt, vielmehr der angebliche Thäter selbst der Eigenthümer ist und nur von einem persönlichen Anspruche des Pseudo-Eigenthümers die Rede sein kann (Oppenhoff's Kommentar, 3. Ausg., Note 24. 25 zu § 225 Str. G. B.).

Eine merkwürdige Entscheidung des Obertribunals lasse ich unten folgen, indem ich das von mir verfaßte Appellations-Erkenntniß vorausschicke.

Letzteres lautet in den Gründen dahin:

„Der erste Richter hat den Angeklagten auf Grund der thatsächlichen Feststellung:

> daß derselbe zu Berlin im Jahre 1860 die Summe von 2 Thlr. 20 Sgr., die er mit der Verpflichtung erlangt hatte, sie an den Barbiergehülfen Billhardt abzuliefern, zum Nachtheile des Letzteren, als des Eigenthümers, verbraucht hat,

Digitized by Google

wegen Unterschlagung zu fünf Wochen Gefängniß und einem Jahre Interdiktion verurtheilt.

In zweiter Instanz hat die nochmalige Vernehmung des Barbiergehülfen Billhardt stattgefunden, weßhalb dem Appellationsrichter die freie Beurtheilung der ganzen Sache zusteht, deren faktischer Hergang nach dem mit den sonstigen Ermittelungen, so wie mit der Anklage übereinstimmenden Geständnisse des Angeklagten folgender ist:

Der Angeklagte besaß ein Viertelloos zur 122sten Preußischen Klassenlotterie, welches er gemeinschaftlich mit mehreren anderen Personen spielte. Die erste Ziehung begann am 11. Juli 1860. Er veranlaßte vorher den Billhardt, sich zu einem Achtel an dem Viertelloose zu betheiligen und ihm den entsprechenden Beitrag zu jeder Klasse nach Beendigung der vorigen zu zahlen. Das Loos gewann in der letzten Klasse ein Viertel von 100 Thlr., wovon dem Billhardt 2 Thlr. 20 Sgr. gebührten, welchem jedoch der Angeklagte diese Summe weder sofort, noch am 1. Dezember 1860, bis wohin spätestens Zahlung zu leisten er schriftlich versprochen hatte, einhändigte. Das gewonnene Geld verwendete er in seinen Nutzen. In der Appellationsschrift behauptet er, dem nach der dritten Klasse mit dem Beitrage für die folgende Klasse rückständigen Billhardt gegenüber das nicht schriftlich abgeschlossene Vertragsverhältniß aufgegeben und später zwar den fraglichen Beitrag dennoch angenommen, dabei aber nicht die Absicht gehabt zu haben, das Kompagniespiel fortzusetzen. Deshalb könne Billhardt höchstens die Erstattung des letzten Klassenbeitrages verlangen.

Diese Behauptung ist in ihrem faktischen Theile durch die Vernehmung des Billhardt nicht bewahrheitet worden und bildet überdieß die Grundlage der ganz verfehlten Rechtsanschauung, als ob ein schriftlicher Vertrag nothwendig und der Angeklagte befugt gewesen wäre, den nur mündlich zu Stande gekommenen Vertrag einseitig aufzuheben.

Erk. des Ob. Trib. vom 1. October 1836.
(Simon und v. Strampff II. S. 134.)
Erk. des Ob. Trib. vom 10. Juli 1851.
(Striethorst Archiv II. S. 246 ff.)

Der vorige Richter findet in dem obigen Hergange der Sache den Thatbestand der Unterschlagung, allein mit Unrecht.

Nach § 225 Str. G. B. macht sich der Unterschlagung schuldig:

wer eine fremde bewegliche Sache, deren Besitz oder Gewahrsam er mit der Verpflichtung erlangt hat, sie zu verwahren, zu verwalten, zurückzugeben oder abzuliefern, zum Nachtheile des Eigenthümers, Besitzers oder Inhabers veräußert, verpfändet, verbraucht oder bei Seite schafft.

Digitized by Google

Die Sache muß hiernach eine fremde sein, sie muß, wie der Schluß des Paragraphen erläutert, zum Nachtheil entweder des Eigenthümers, also des absolut dinglich Berechtigten,

§ 1. I. 8. A. L. R.

oder des Besitzers resp. Inhabers, also eines relativ dinglich Berechtigten,

§§ 175. 176 §§ 162 ff. I. 7. A. L. R.

veräußert u. s. w. sein. Da im vorliegenden Falle in Betreff der 2 Thlr. 20 Sgr. von einem Besitz oder Gewahrsam des Billhardt keine Rede sein kann, so bleibt nur zu untersuchen, ob ihm das Eigenthum an diesem Gelde zugestanden hat. Die Frage ist zu verneinen.

Zwischen ihm und dem Angeklagten bestand, wie schon gezeigt, ein vollgültiger Sozietätsvertrag, während Billhardt zu den übrigen Mitspielern gar keine rechtliche Beziehungen hatte.

Dem Angeklagten lag es nach der stillschweigenden, aber zu Tage liegenden, Absicht der Kontrahenten ob, die Erneuerung des Looses zu jeder Klasse zu bewirken, den etwaigen Gewinn zu erheben und den verhältnißmäßigen Antheil an demselben dem Andern auszuzahlen. Ueber seine Rechte und Pflichten ist etwas Ausdrückliches überhaupt nicht ausgemacht worden. Er ist also nach § 210 I. 17 A. L. R. als uneingeschränkter Bevollmächtigter zu betrachten, dessen schließliche Verbindlichkeit zur Rechnungslegung aus §§ 219 ff. ibid. und 61 I. 13 A. L. R. folgt.

Bei der Erhebung des Lotteriegewinnes ist er, da das Loos au porteur gilt und die Lotteriedirektion sich beim Mangel eines Arrestschlages oder dergleichen um die Legitimation des Vorzeigers nicht kümmert, ohne allen Zweifel im eigenen Namen aufgetreten und sind ihm die Gewinngelder von dem Lotterieeinnehmer, um ihn zum Eigenthümer zu machen, ausgezahlt worden. Das Obertribunal hat nun im Plenarbeschluß vom 2. Oktober 1848

Entsch. Bd. XVII S. 19, Just. Min. Bl. 1848 S. 368

den Grundsatz anerkannt:

> daß der Machtgeber, dessen Bevollmächtigter auf Grund des erhaltenen Auftrages eine Sache von einem Dritten im eigenen Namen erkauft hat, durch die in Folge eines solchen Vertrages an den Bevollmächtigten geschehene Uebergabe der Sache nicht sofort das Eigenthum derselben erwirbt, sondern nur das persönliche Recht erlangt, von dem Bevollmächtigten die Uebertragung des Eigenthums an ihn zu fordern.

Dieser Grundsatz ist, wie auch Savigny (Besitz § 26) annimmt, entschieden richtig. Die Absicht des Tradenten, das Eigenthum dem

Digitized by Google

Empfänger zu übertragen, und die hinzukommende Besitzergreifung von Seiten des letzteren bewirken juristisch seinen Eigenthumserwerb.

Titel und Modus §§ 1—3. 6. I. 9, § 58 I. 7. A. L. R.

Die in späteren Entscheidungen des Kriminalsenats des Obertribunals

Oppenhoff Not. 21 zu § 225 Str. G. B.

ausgesprochene Ansicht, es finde der Plenarbeschluß dann keine Anwendung, wenn in Folge des Auftrages eine Sache nicht gekauft, sondern verkauft worden, es sich also um den Kaufpreis handele, weil in solchem Falle der Erlös nach § 62. I. 13. A. L. R. Eigenthum des Mandanten werde, beruht auf einer Auffassung, welche in den Gründen des Plenarbeschlusses zur Genüge widerlegt wird, indem es dort heißt:

„Zwar verordnen die §§ 62. 63 I. 13 A. L. R., daß der Bevollmächtigte den erhaltenen Auftrag nicht dazu benutzen dürfe, sich eigne Vortheile zu verschaffen. Dies kann jedoch nur dahin verstanden werden, daß der Machtgeber gegen seinen Bevollmächtigten einen persönlichen Anspruch auf Uebertragung der gedachten Vortheile habe, nicht aber geht daraus hervor, daß, wenn der Bevollmächtigte im eigenen Namen eine Sache von einem Dritten erwirbt, der Machtgeber ohne Weiteres Eigenthümer derselben wird."

Man sieht also deutlich, daß das im Plenarbeschluß anerkannte Prinzip vom Obertribunal als ein allgemein gültiges, auch den Verkaufserlös umfassendes, betrachtet wird, was überdies ein Ergebniß der einfachsten Konsequenz ist.*) Hiernach fehlt auf Seiten des Billhardt die Bedingung, unter welcher er hinsichtlich der gewonnenen Geldsumme ein Recht auf die Sache (§ 1 I. 10 §§ 127. 135. I. 2. A. L. R.) haben könnte, nämlich die Besitzergreifung; sein Recht beschränkt sich auf ein jus ad rem (§ 124 l. c.).

Bei der obigen Ausführung wird nicht verkannt, daß allerdings unter Umständen die Verpflichtung zur Erstattung oder Ablieferung einer empfangenen fungibeln Sache in specie sehr wohl gedacht, mithin an einer solchen Sache auch eine Unterschlagung verübt werden kann. Beides zusammen kann aber niemals da gedacht werden, wo kein Eigenthümer

---

*) L. 74. D. pro socio (17. 2): Si quis societatem contraxerit, quod — suo nomine — emit, ipsius fit, non commune, sed societatis judicio cogitur rem communicare. — L. 29. D. de acqu. rer. dom. (41. 1): Res ex mandato meo empta non prius mea fit, quam si mihi tradiderit, qui (im eigenen Namen oder doch ohne sich als Stellvertreter zu erkennen zu geben) emit. — Sintenis, Civilr. (2. Aufl.) II. S. 361, 368, 697 Note 20, 703, Note 59. — Savigny, Obl. R. II. S. 61. — A. L. R. I. 13. §§ 153 ff., I. 17. §§ 55 ff., 233, II. 8. § 649. Koch, R. d. Ford. III. S. 550.

Note d. Eins.


Digitized by Google

(Besitzer oder Detentor), zu dessen Nachtheil die Unterschlagung gereicht, existirt. Daß letzterer Fall in concreto vorliegt, mag noch besonders anschaulich gemacht werden durch folgende Bemerkung:

Es ist zuzugeben, daß der Besitz der fremden Sache (§ 225 cit.) nicht immer durch die fortdauernde Möglichkeit der Vindikation bedingt wird.

Erk. des Ober-Tribunals vom 19. Dezember 1855.
Goltdammer Archiv IV S. 255.

Wird z. B. gestohlenes Geld einem Gläubiger gezahlt, so kann es gegen diesen, wenn er in gutem Glauben war, nicht zurückgefordert werden.

§ 45. I. 15 A. L. R.

Dies gilt sogar zu Gunsten des unredlichen Empfängers, ja des Diebes selbst, sobald die Geldstücke wegen ihrer Vermischung mit anderem Gelde nicht mehr unterscheidbar sind. Unerläßlich aber ist es für den Begriff der fremden Sache, daß sie wenigstens ursprünglich fähig gewesen ist, ein Objekt der Vindikation, beziehungsweise der publizianischen Klage, zu bilden. So kann in obigen Fällen, sofern der Dritte in mala fide und das Geld noch unterscheidbar ist, letzteres unbedenklich vindizirt werden.

§ 24 I. 10. § 45. I. 15. A. L. R. Koch, Kommentar ad h. l.

Im vorliegenden Falle aber ist es juristisch unmöglich, selbst bei beliebiger Unterstellung von Vereinbarungen der beiden Socii, sich ein vindizirbares Eigenthum des Billhardt an dem Gewinn von 2 Thlr. 20 Sgr. zu denken. Denn es partizipirten an dem Gesammtgewinn mehrere Personen, darunter der Angeklagte selbst, zu ideellen Quoten. Nach Erhebung des Gewinnes befand sich die Summe, welche jedem Mitspieler gebührte und einen Augenblick durch spezielle Geldstücke dargestellt gedacht werden möge, im Zustande der Vermischung mit anderem Gelde, im Zustande der Nichtunterscheidbarkeit und folglich unter der Herrschaft des Tit. 15 Thl. I. A. L. R., d. h. der Angeklagte war Eigenthümer. Wer der Unterschlagung angeklagt wird, dem muß die spezielle Sache, welche er unterschlagen haben soll, bezeichnet werden. Das ist weder vom Vorderrichter, noch von der Staatsanwaltschaft geschehen, und hat, wie gezeigt, überhaupt nicht geschehen können.

Demnach ist dem Billhardt nur ein persönlicher Anspruch aus dem Societätsvertrage auf seine Gewinnrate gegen den Angeklagten erwachsen, und ist, wie hierdurch geschieht,

für nicht thatsächlich festgestellt zu erachten, daß der Angeklagte zu Berlin im Jahre 1860 eine fremde Sache, nämlich 2 Thlr. 20 Sgr., welche er mit der Verpflichtung erlangt hatte, sie an

Digitized by Google

den Barbiergehülfen Billhardt abzuliefern, zum Nachtheil des letzteren, als des Eigenthümers, verbraucht hat.

Es war also, wie geschehen, unter Abänderung des angefochtenen Erkenntnisses der Appellant der Unterschlagung für nicht schuldig zu erklären und gemäß § 179 der Verordnung vom 3. Januar 1849 auf Niederschlagung der Kosten beider Instanzen zu erkennen."

Der Oberstaatsanwalt führte in seiner Nichtigkeitsbeschwerde aus, daß nach §§ 62. 63. I. 13, §§ 118. 119. I. 14 und § 210. I. 17. A. L. R. nicht der Angeklagte, sondern Billhardt, Eigenthümer des Geldes (2 Thlr. 20 Sgr.) geworden; es entscheide der zwischen diesen Personen abgeschlossene Vertrag. Die Meinung, es stehe jedem Eigenthümer die Vindikationsklage zu, führe zu einer Negirung des gemeinschaftlichen Eigenthums überhaupt, die Eigenthumsfrage sei vom Vindikationsrecht völlig unabhängig.

Das Obertribunal (I. Abth. des Straffenats) vernichtete am 30. Oktober 1861 das zweite Erkenntniß und wies die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die Appellations-Instanz zurück, aus folgenden

Gründen.

„Das Königl. Kammergericht hat auf eingelegte Berufung nach theilweiser Reproduktion des Beweises das erste Erkenntniß dahin abgeändert, daß der Angeklagte der Unterschlagung nicht schuldig und die Kosten beider Instanzen niederzuschlagen, indem es für nicht thatsächlich festgestellt erachtete, daß der Angeklagte eine fremde Sache, nämlich 2 Thlr. 20 Sgr., welche er mit der Verpflichtung erlangt, sie an den Billhardt abzuliefern, zum Nachtheile des letztern, als des Eigenthümers, verbraucht habe. Diese thatsächliche Annahme des zweiten Richters beruht nicht auf einer abweichenden Auffassung des Sachverhältnisses, sondern auf einer, von der Rechtsansicht des ersten Richters abweichenden, rechtlichen Beurtheilung, indem der Appellationsrichter der Meinung ist, daß der Angeklagte durch die Einziehung des ganzen Gewinnes Eigenthümer sämmtlicher Gewinnantheile seiner Mitspieler, folglich auch des Gewinnantheils des Billhardt, geworden sei, also ein Verbrauch einer fremden Sache dem Angeklagten nicht zum Vorwurf gemacht werden könne, dem Billhardt vielmehr überlassen bleiben müsse, seinen Gewinnantheil vom Angeklagten im Wege des Civilprozesses einzufordern.

Dieser Rechtsansicht des zweiten Richters, welche die Staatsanwaltschaft mittelst der, rechtszeitig eingeführten, Nichtigkeitsbeschwerde bekämpft, konnte nicht beigetreten werden. Denn aus dem vom Appellationsrichter thatsächlich ebenfalls angenommenen Sachverhältniß geht

Digitized by Google

unzweifelhaft hervor, daß in Folge des unter den Mitspielern des Looses bestandenen Sozietätsverhältnisses jeder Mitspieler Miteigenthümer des Looses zu einem gewissen Antheil geworden war, und daß der Angeklagte, indem ihm der Besitz des gemeinschaftlichen Looses anvertraut wurde, die Verpflichtungen eines Mandatars resp. die Verpflichtungen eines Verwalters und Verwahrers einer fremden Sache übernahm. Die Lotterieverwaltung konnte zwar allerdings den Gewinn nur an den Angeklagten, als den durch den Besitz des Looses legitimirten Empfänger bezahlen, dagegen konnte der Angeklagte, vermöge des hier maßgebenden Rechtsverhältnisses zu seinem Sozius, den Gewinn immer nur unter der Verpflichtung erheben, denselben an den letzteren nach Maßgabe seiner Betheiligung am Loose auszuzahlen, da nur dahin sein von diesem erhaltener Auftrag ging. Es waren und blieben daher die für die Mitspieler erhobenen Gewinnantheile in der Hand des Angeklagten eine fremde Sache, an welcher er durch rechtswidrige Verwendung in eigenen Nutzen sich einer Unterschlagung im Sinne des § 225 Str. G. B. schuldig machte und nicht bloß einen, nur im Civilwege zu verfolgenden Rechtsanspruch gegen sich begründete. Der § 225 l. c. ist nämlich nicht auf den Fall einer Unterschlagung an einer in fremdem Eigenthum befindlichen Spezies einer Sache zu beschränken, sondern er umfaßt auch die treulose Verletzung fremder Eigenthumsrechte, deren Realisirung vom Berechtigten einem Dritten aufgetragen worden ist; dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, bei dessen Erlassung die Vorschriften des Allg. Landrechts Thl. II Tit. 20 § 1373 und des gemeinen Deutschen Strafrechts Art. 170 C. C. C. mit berücksichtigt worden sind.*)

Hiernach sind die Deduktionen im angefochtenen Urtheile, wonach in Gemäßheit der Vorschriften des Allg. Landrechts und mit Rücksicht auf eine durch Plenarbeschluß des Königl. Obertribunals unter dem

*) Diese Gedanken drückt das in einer ganz gleichartigen Sache (contra Zappel) ebenfalls am 30. October 1861 gesprochene Erkenntniß des Obertribunals mit nachstehenden Worten aus:

„denn daß der § 225. Str. G. B. nicht schlechterdings ein vorhandenes Eigenthum an einer greifbaren Species habe berücksichtigen wollen, vielmehr auch die treulose Verletzung des Eigenthums an Rechten auf bestimmte Sachen, deren Realisirung der Berechtigte für sich einem Andern aufgetragen hat, in sich fassen sollte, ist schon deßhalb anzunehmen, weil sonst das Str. G. B. eine unerklärliche Lücke in Hinsicht auf die Treulosigkeit der Verwalter und Bevollmächtigten gegen die frühere Landrechtsgesetzgebung (§ 1373. II. 20) und selbst gegen Art. 107 der Peinl. H. G. O. darbieten würde."

Anm. d. Einf.


Digitized by Google

2. Oktober 1848 getroffene Entscheidung Billhardt nicht als wirklicher Eigenthümer des vom Angeklagten für ihn eingehobenen Gewinnantheiles von 2 Thlr. 20 Sgr. zu betrachten, und wonach insbesondere ein Recht des Billhardt, jene 2 Thlr. 20 Sgr. in der Hand des Angeklagten zu vindiziren, nicht denkbar sei, — für die Entscheidung des vorliegenden Falles ohne Belang; es fehlt vielmehr der eben gedachten faktischen Annahme des zweiten Richters die rechtliche Grundlage und es mußte daher das angefochtene Erkenntniß vernichtet werden."

Die Ausführung der Oberstaatsanwaltschaft mag auf sich beruhen bleiben, die des höchsten Gerichtshofes aber kann ich nur als theilweise dunkel und so weit sie durchsichtig ist, aus den im Appellations-Erkenntnisse sowie aus den unten entwickelten Gründen als unrichtig bezeichnen, eine Kritik, welche nach meiner Ueberzeugung im civilrechtlichen Lager auf allgemeinen Beifall zählen darf.

Ich frage: Wer ist nach der Meinung des Obertribunals Eigenthümer der 2 Thlr. 20 Sgr. geworden, der Angeklagte oder Billhardt? Die Antwort ist schwer. Anscheinend soll es Billhardt nicht sein, aber *auch* der Angeklagte nicht so recht eigentlich, es soll genügen, daß der Angeklagte als Mandatar oder Verwalter jenes Geld als eine fremde Sache zu betrachten verbunden gewesen und daß er von ihm zu realisirende fremde Eigenthumsrechte verletzt habe. Der § 225 kennt als Beschädigte nur dinglich Berechtigte. Dennoch bemerkt Oppenhoff in der Note 41 zu diesem Paragraphen ganz unbefangen, unter dem Eigenthümer u. s. w. sei jeder Berechtigte zu verstehen. Das ist eine gar bedenkliche Synonymik! Das Obertribunal, welches derselben mehr oder minder Beifall schenkt, gibt wenigstens Gründe, freilich nur ungenügende. Denn die allgemeine Berufung auf die Entstehungsgeschichte des Paragraphen kann nicht als Argument gelten, um so weniger, als dieselbe sogar dafür hinreichendes Material darbietet, daß die Redaktoren grade der in das obligatorische Gebiet hinüberstreifenden Auffassung, welche der § 225 l. c. von Seiten des höchsten Gerichtshofes findet, vorzubeugen beabsichtigt haben.*) Dafür, daß der § 225 nach der Absicht des Gesetzgebers zugleich die Bestimmung des § 1373 II. 20 A. L. R. wiedergeben sollte, fehlt jeder Beweis. Eine solche Absicht ist undenkbar,

*) Erst während des Drucks gelangen durch die Güte des Herrn O. Tr. Raths Goltdammer die ersten Aushängebogen des 10. Bandes seines Archivs zu meinen Händen. Dort wird die jetzt in Rede stehende Frage ebenfalls besprochen und das von mir in Ansehung der Entstehungsgeschichte Bemerkte unter eingehender Beweisführung bestätigt.


Digitized by Google

sie wird durch den Wortlaut des neuern Paragraphen gradezu ausgeschlossen. Der Art. 170 C. C. C.:

> „item welcher mit eyns andern güttern, die jm inn guttem glauben zu behalten vnd zu verwaren gegeben sein, williger vnd geuerlicher weiß, dem glaubiger zu schaden handelt, solch missethatt ist eynem diebstall gleich zu straffen," —

gibt die Definition einer regelrechten Unterschlagung, und zwar des Depositums, im Sinne des Kammergerichts und unterliegt, insofern er vermöge der Unbestimmtheit seiner Fassung auf Untreue überhaupt bezogen werden kann, dem rücksichtlich des § 1373 Gesagten.

Die still wirkende Ursache der Anfechtung, welche dem ewigen und unveränderlichen Begriffe des Eigenthums auf kriminalistischem Gebiete widerfährt, finde ich in den §§ 1. I. 8, 3. I. 15 und 376 I. 11 A. L. R., woselbst vom Eigenthum an Rechten die Rede ist. Es soll hier nicht untersucht werden, in welchem Maße diese Neuerung, welche zurückzuführen ist auf ein Mißverstehen des römischen in bonis habere, praktischen Werth hat oder vielmehr nur zur Verwirrung dient. Es genügt, darauf hinzuweisen, daß im konkreten Falle der nur mit der Kontraktsklage — pro socio — geltend zu machende, also rein obligatorische Anspruch des Billhardt auf Rechnungslegung und Herausgabe seines Gewinnantheils den Gegenstand des „Eigenthumsrechts" bilden müßte. Eine Bedingung des Eigenthums-Erwerbes ist bekanntlich die Besitzergreifung. Der Quasi-Besitz affirmativer Rechte wird durch die als eine fortdauernde Schuldigkeit geforderte Leistung erlangt (§§ 5—8. 80. I. 7. A. L. R.) und kann in Ansehung obligatorischer Rechte, welche durch einmalige Ausübung untergehen, nicht gedacht werden, da Ausübung und Endschaft koinzidiren. Folglich ist der Erwerb auch des Eigenthums an derartigen Forderungen undenkbar. Dieß ist ein zweifelloser Satz.

Beiträge V. S. 100 (Dr. Baron).
Beiträge V. S. 114 (Korte).
Heydemann, Syst. I. S. 332.
Bornemann, Civilr. II. S. 565 (ed. I.).
cf. Gerber, deutsch. Priv. R. II. § 76 Note 3.
Beiträge VI. S. 94 Note 1.

Der Angeklagte hat den Gewinn erhoben, wozu er ebenso berechtigt als verpflichtet war.

Darum kann von der Bemerkung im Nichtigkeitsurtel, jeder Mitspieler sei Miteigenthümer des Looses gewesen (stillschweigendes constitutum possessorium pro partibus?) um so mehr abgesehen werden, als sich daraus keinenfalls ein Schluß auf den Erwerb des Miteigen-

Digitized by Google

thums am Gelde ziehen ließe, da mit Ausnahme einiger positiven Ausnahmen pretium non succedit in locum rei.

§ 55. I. 17. A. L. R.
§ 27. I. 11. A. L. R.
Entsch. XLV. S. 173.

Die Geldstücke waren, wie im zweiten Erkenntnisse gezeigt worden, Eigenthum des Angeklagten. Nichtsdestoweniger soll er zum Nachtheil des Eigenthümers fremde Eigenthumsrechte oder fremdes Eigenthum an Rechten treulos verletzt haben — lauter objets introuvables der folgenweise introuvablen Missethat. Das Obertribunal weicht der Frage, wer Eigenthümer der erhobenen Gewinngelder war, aus, und begnügt sich mit der Behauptung, daß die Gelder, so weit sie den Mitspielern gebührt, in der Hand des Angeklagten eine fremde Sache gewesen seien. Damit ist aber kein technischer Sinn zu verbinden. Gemeint ist, wie aus den bei Oppenhoff a. a. O. angeführten Erkenntnissen durchschimmert, etwas höchst Eigenthümliches, nämlich ein neben dem wirklichen Eigenthum des Angeklagten von diesem vertragsmäßig anzuerkennendes Eigenthum des Mandanten, also eine Art negativer Seitenströmung des Dominiums. Es können nicht zwei Personen volles Eigenthum an derselben Sache haben (§ 1 I. 8. A. L. R.), das Eigenthum ist etwas Absolutes, von der bloßen Anschauung des Eigenthümers, mag derselbe zu einem Rechtsirrthum so geneigt sein, wie er will, Unabhängiges. Es ist eine hermeneutische Grundregel, daß nur der in den Worten des Gesetzes ausgesprochene und aus ihnen erkennbare Gedanke Gesetz ist, da der Rechtssatz eben nur durch seine wörtliche Fassung und Publikation bindende Kraft erlangt.

Hälschner, Syst. d. preuß. Str. B. II. S. 80.

Diese Grundregel wird im Erkenntniß des Obertribunals außer Acht gelassen. Der § 225 ist grammatisch unzweideutig, er bedient sich juristischer Kunstausdrücke, welche jeder Elasticität ermangeln und jeder Flexion siegreich widerstehen. Ob eine Lücke in der Gesetzgebung auszufüllen sei, ist eine andere Frage, deren Erledigung nicht Sache des erkennenden Richters sein darf. Cicero sagt:

parendum legi, donec est, etsi mutatio sit necessaria!

Digitized by Google

Nr. 11.

Gültigkeit einer bei dem Hypothekenrichter noch vor der Seitens des Konkursgerichts beantragten Beschlagnahme der betreffenden Immobilien (durch Eintragung der Konkurseröffnung in das Hypothekenbuch) nachgesuchten, jedoch erst nach Eingang der gedachten Requisition bewirkten Eintragung einer Hypothek.

Ueber das Vermögen der Dortmunder Bergbau- und Hüttengesellschaft wurde am 14. Oktober 1859 der kaufmännische Konkurs eröffnet. Zu diesem Vermögen gehörte auch die Zeche Hansa. Es erging deshalb gleichzeitig in Gemäßheit des § 150 der Konk. O. vom 8. Mai 1855*) eine Requisition an das (vormalige) Bergamt zu Bochum Behufs Eintragung der Konkurseröffnung in das Berggegenbuch. Diese Requisition wurde am 16. Oktober dem Hypothekenrichter präsentirt, während bereits am 13. desselben Monats ein Eintragungsgesuch, betreffend eine von der gedachten Gesellschaft der Lübecker Commerzbank für mehrere Forderungen im Gesammtbetrage von 150,000 Thlr. bestellte Hypothek, eingegangen war. Die Hypothekenbehörde hat nun die Forderungen der Commerzbank am 3. November und den Vermerk der Konkurseröffnung am 4. November desselben Jahres zur Eintragung gebracht. — Der Verwalter der Konkursmasse führte über dieses Verfahren Beschwerde, indem er geltend machte:

> So lange die Hypothekenforderung noch nicht wirklich in das Hypothekenbuch eingetragen ist, existirt für den Gläubiger nur ein persönliches Recht zur Sache; das dingliche Recht auf die Sache wird erst durch die Eintragung selbst begründet.
>
> §§ 8, 412 Tit. 20 Th. I. des Allg. Land-Rechts.
>
> Diese Bestimmungen kommen daher im vorliegenden Falle, wo die Zeche Hansa bereits auf den Namen der Dortmunder Bergbau- und Hüttengesellschaft im Berggegenbuche eingetragen war,

---

*) „Die Beschlagnahme der Immobilien (§ 137) erfolgt durch Entsetzung des Gemeinschuldners aus dem Besitze, durch Beschlagnahme der Einkünfte mittelst Administration oder Sequestration, und durch Eintragung der Konkurseröffnung in die Hypothekenbücher. Bei dieser Eintragung genügt der Vermerk der Konkurseröffnung, die Angabe des Zeitpunktes derselben und die Bezeichnung des Konkursgerichts.

Soweit das Konkursgericht selbst zur Vornahme dieser Handlungen nicht zuständig ist, hat das Gericht oder der Kommissar dieselben bei den zuständigen Behörden zu beantragen."

Digitized by Google

wo es sich also von keinem noch unvollendeten Hypothekenbuche handelt,

Verordn. vom 16. Juni 1820

vollständig zur Anwendung. — Die Präsentation des Gesuches um Eintragung der beiden Darlehnsforderungen von zusammen 150,000 Thlr. konnte selbstredend in diesen Bestimmungen nichts ändern. Als daher am 16. Oktober die Requisition zur Eintragung des Konkurseröffnungs-Vermerkes bei den Hypothekenakten der Zeche Hansa einging, fand die Requisition kein dingliches Recht der Lübecker Commerzbank für die Forderungen von 150,000 Thlr. vor.

Wurden nun durch die Konkurseröffnung vom 14. Oktober die Immobilien der Dortmunder Bergbau- und Hüttengesellschaft, also auch die Zeche Hansa, in Beschlag genommen und die Gemeinschuldnerin aus dem Besitze gesetzt,

§ 150 der Konk. Ord.

so war jede Eintragung einer persönlichen Forderung zur Sache, also auch die am 3. Novbr. bewirkte Eintragung der 150,000 Thlr. auf die Zeche Hansa ganz gewiß rechtsungültig; es war vielmehr Pflicht der Hypothekenbehörde, den Konkurseröffnungs-Vermerk sofort in das Berggegenbuch einzutragen, ohne den Hypothekentitel der Lübecker Commerzbank vorher zur Hypothek selbst zu erheben. Möglich ist es, daß das Bergamt die Vorschrift des § 30 Tit. II der Hypoth. Ord., die Präsentation der Eintragungsgesuche betreffend, so wie den § 501 Tit. 20 Th. I. A. L. R. irrig aufgefaßt hat. Diese Bestimmungen setzen indeß gleichartige Titel zur Hypothek voraus, bei welcher das Datum der Präsentation die Rangordnung der Eintragung entscheidet.

Entscheid. des Ob. Trib. B. 12 S. 200.

Dies ist hier nicht der Fall.

Der Hypothekenrichter suchte jedoch das angefochtene Verfahren durch folgende Ausführung zu rechtfertigen.

„Das Allgemeine Landrecht Th. I Tit. 10 verordnet:

§ 7. „Der im Hypothekenbuche eingetragene Besitzer wird in allen mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen als der Eigenthümer desselben angesehen."

§ 8. „Wer mit einem solchen eingetragenen Besitzer in dergleichen Verhandlungen sich einläßt, dessen Befugnisse kann so wenig der nicht eingetragene Eigenthümer, als der, dessen Recht nur von diesem sich herschreibt, anfechten."

Digitized by Google

Die Anwendung dieser, die Fundamentalsätze der Hypotheken-Verfassung enthaltenden Bestimmungen erheischte die Eintragung der Forderungen der Bank. Der Bank war die Hypothek von dem eingetragenen Besitzer eingeräumt worden. Zur Zeit der Einräumung so wie zur Zeit der Präsentation war eine Konkurseröffnung noch nicht erfolgt. Der Eintragung und damit der Erwerbung der Hypothek stand in diesem Zeitpunkte Nichts entgegen. Es muß daher, wenn anders nicht der Glaube des Hypothekenbuchs den Einwirkungen von Zufälligkeiten Preis gegeben, vernichtet werden soll, der Bank durch die Gesetze das Hypothekenrecht unverschränkt gewahrt werden.

Wir sind weit entfernt, hiermit zu behaupten, daß das Hypothekenrecht, als im Momente der Präsentation (also ohne Eintragung) als erworben zu erachten sei. Die **Eintragung** und **nur** die Eintragung schafft das dingliche Recht. Wir wollen nur der Zufälligkeit **früherer** oder **späterer** Erledigung des gestellten Antrages einen Einfluß auf den Rechtszustand verwehren. — Die Sicherheit des Hypothekenverkehrs erfordert die rechtliche Anschauung, daß die erfolgte Eintragung als in dem Zeitpunkte der Präsentation des Eintragungsgesuches geschehen erachtet werde. Ist auch diese Anschauung nirgends in den Gesetzen ausdrücklich niedergelegt, so folgt sie doch aus der Natur der Sache. Es läßt sich nicht verkennen, daß die gegen diese Anschauung gerichtete Ausführung der Beschwerdeschrift sich durchaus innerhalb juristischer Beweisführung hält. Erst durch die Eintragung konnte das **dingliche** Recht entstehen. Der Eintragung kam die Eröffnung des Konkurses und damit der allgemeine Arrest zuvor. Es konnte nunmehr von der Erhebung des bloß persönlichen Rechts zum dinglichen nicht mehr die Rede sein. Die Beweisführung ist juristisch, aber auf ein Resultat gerichtet, das vor den Fundamentalsätzen der Hypothekenverfassung nicht bestehen kann, ihnen weichen muß. Und das hat sich auch in der Preußischen Jurisprudenz, in der Preußischen Rechtsgeschichte vollzogen.

Die Ausführung der Beschwerde ist in der, in der Beschwerdeschrift angezogenen Entscheidung des Ober-Tribunals vom 7. Juni 1845 (Entscheid. B. XII S. 193) gegen den Glauben des Hypothekenbuchs durchgeführt worden; sie hat dagegen nach der Entscheidung des Plenums vom 21. Januar 1850 (ebendas. B. XIX S. 18 f.), nachdem früher bereits ein Senat sie verlassen, den mit ihr in Collision stehenden Anforderungen der Hypotheken-Verfassung weichen müssen.

Es sei gestattet, die trefflichen, auch die vorliegende Frage entscheidenden Schlußworte der Plenar-Entscheidung wörtlich heranzuziehen. Sie lauten:

Digitized by Google

„Auch die in der Hypotheken-Ordnung Tit. 2 § 30 enthaltene Vorschrift über die Reihenfolge der Eintragungen spricht dafür, daß die früher präsentirte Hypothek, ungeachtet des später erwachsenen Eigenthumsrechts, einzutragen sei. Zwar redet der § 30 nur von der Eintragung von Rechten „einerlei Art." Allein die Rücksicht auf die Priorität der Anmeldung ist der Natur der Sache wie dem ganzen Geiste der Hypotheken-Ordnung so gemäß, daß sie allgemeine Anwendung fordern darf. Es leuchtet ein, daß die rechtliche Sachlage des Zeitpunktes, wo der zur Eintragung Berechtigte alles gethan hat, was seinerseits zur Eintragung erforderlich war, für die Frage entscheidend sein muß, ob und an welcher Stelle er einzutragen sei. So kann auch der Umstand, daß die nachgesuchte Eintragung seiner Hypothek sich so lange verzögerte, bis das Grundstück veräußert und tradirt wird, auf das Recht des Hypothekengläubigers zur Eintragung keinen Einfluß äußern. Wären diese Zwischenhandlungen der Veräußerung und Uebergabe wirklich so einflußreich, wie zu Gunsten des neuen Erwerbers glaubend gemacht werden will, so würde noch selbst dann, wenn zwischen der Erlassung des Decrets zur Eintragung der Hypothek und dem in Folge solchen Decrets von dem Ingrossator vorzunehmenden Act der wirklichen Eintragung dem Hypothekenrichter eine inzwischen, vielleicht erst selbigen Tages geschehene, mit der Uebergabe begleitete Veräußerung nachgewiesen würde, die bereits decretirte Eintragung der Hypothek wieder inhibirt werden. Es leuchtet wohl ein, daß durch dergleichen Zufälligkeiten das bereits erworbene Recht des Hypothekengläubigers nicht weiter alterirt werden dürfe; dieses Recht beginnt aber mit der Präsentation bei dem Hypothekenrichter."

Die Durchführung des vorstehend eingenommenen Standpunktes auf die gegenwärtige Frage ergibt ein mit unserer Verfügung übereinstimmendes Resultat. Das Bergamt mußte sich am 3. November, dem Tage der Eintragung, der Erledigung der Anträge, den Rechtszustand zur Zeit der Präsentation der Anträge (13. Oktober) vergegenwärtigen, und, da zu dieser Zeit den Anträgen nichts im Wege stand — der Konkurs wurde erst am 14. Oktober eröffnet — den Anträgen auch jetzt noch entsprechen. Das ist geschehen. — Die Veranlassung zu dem angezogenen Plenarbeschlusse boten Rechtsfälle, in denen das Recht des nicht eingetragenen wahren Eigenthümers mit den Rechten eines Hypothekengläubigers, der die Eintragung seiner, von einem Nichteigenthümer hergeleiteten Rechte, des vollzogenen Eigenthumswechsels ungeachtet, verfolgte, in Collision trat. Es könnte nun mit Recht der Einwand erhoben werden, daß, wenn auch in den gedachten Fällen der Glaube des Hypothekenbuchs ausgereicht habe, um den (nur noch) persönlichen Rechten der Prätendenten vor dem bereits dinglich gewordenen Rechte der Gegner den Vorzug zu gewähren, mit der Entscheidung dieser Collision noch kein Entscheidungsgrund gewonnen sei für die Entscheidung der vorliegenden Collision, in der die Hypothekenverfassung eben-

16*

Digitized by Google

falls mit Fundamentalsätzen, denen der Konkursordnung, in Widerspruch trete. Für die Beurtheilung dieser Collision seien andere Normen maßgebend.

Das Bedenken ist berechtigt und um so mehr zu erörtern, als in der That die Motive der neuesten Gesetzgebung sich auf die Seite der Beschwerdeschrift stellen.

Bevor wir zur Darlegung und Erörterung der Grundsätze der Konkursordnung übergehen, möge die Erwähnung einer ähnlichen Collision der Anforderungen der Hypothekenverfassung mit materiellen Grundsätzen des Prozeßrechts hier Platz finden.

Die Allgemeine Gerichts-Ordnung bestimmt in Th. I Tit. 24 § 9:

> „Wenn jemand einen im Streite befangenen Gegenstand erst nach der Zeit, da dem bisherigen Inhaber die gerichtliche Vorladung zugestellt worden ist, durch Kauf, Tausch, Cession, Schenkung, oder auf andere Art erhalten hat, so muß er sich demjenigen unterwerfen, was darüber in dem rechtshängigen Prozesse entschieden wird, wenn er auch bei diesem Prozesse nicht zugezogen worden ist."

Die Frage, ob dieser Grundsatz auch dann Platz greife, wenn jemand eine im Streit befangene unbewegliche Sache von dem eingetragenen Besitzer auf den Glauben des Hypothekenbuchs redlicher Weise erworben habe, ist Vorwurf der in der amtlichen Sammlung B. XXXV S. 40 mitgetheilten Entscheidung gewesen. Das Ober-Tribunal hat die Frage verneinend beantwortet aus folgenden Gründen:

> Der § 92 Tit. II der Hypotheken-Ordnung schreibt vor, daß derjenige, für welchen der titulus possessionis auf ein Grundstück berichtigt worden, für den wahren und alleinigen Eigenthümer desselben anzusehen sei, und die §§ 7, 8, 10 und 11 Tit. 10 Th. I des A. L. R. ordnen an, daß der in das Hypothekenbuch eingetragene Besitzer in allen mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen als der Eigenthümer desselben angesehen wird, und daß die Befugniß dessen, welcher mit einem solchen eingetragenen Besitzer in dergleichen Verhandlungen sich einläßt, so wenig der nicht eingetragene Eigenthümer, als der, dessen Recht nur von diesem sich herschreibt, anfechten kann. Dieser hier ausgesprochene Grundsatz, daß derjenige, welcher eine unbewegliche Sache auf den Glauben des Hypothekenbuchs bona fide erworben hat, gegen jeden Anspruch des wirklichen Eigenthümers gesichert sei, ist ein allgemeiner und unbedingter. Demselben muß daher auch der im § 9 Tit. 24 Th. I der Allg. Gerichts-Ordnung ausgesprochene Grundsatz weichen, daß derjenige, welcher einen in Streit befangenen Gegenstand erst nach der Zeit da dem bisherigen Inhaber die gerichtliche Vorladung zugestellt worden ist, durch Kauf, Tausch, Cession, Schenkung oder auf andere Art erhalten hat, sich dem unterwerfen muß, was darüber in dem rechtshängigen Prozeß entschieden wird, wenn

Digitized by Google

er auch bei diesem Prozesse nicht zugezogen worden ist. Daß solchergestalt dieser eben gedachte Grundsatz des § 9 Tit. 24 Th. I der Allg. Gerichts-Ordnung dem Grundsatze der §§ 7 ff. Tit. 10 Th. I des A. L. R. weichen muß, und somit keine Anwendung findet, wenn Jemand die im Streite befangene unbewegliche Sache von dem eingetragenen Besitzer derselben auf den Glauben des Hypothekenbuchs als redlicher Besitzer erworben hat, folgt aus der Natur der Sache und ist auch insofern von dem Gesetzgeber anerkannt, als nach § 3 der Verordnung über den Subhastations-Prozeß vom 4. März 1834 bei nothwendigen Subhastationen von Amtswegen ein Vermerk in das betreffende Hypothekenbuch eingetragen werden soll, daß die Subhastation verfügt worden und spätere Dispositionen den bis dahin eingetragenen Gläubigern unnachtheilig seien. — Aus der Natur der Sache folgt dies, da, wenn der Grundsatz des § 9 Tit. 24 Th. I der Allg. Ger. Ord. auch dann Anwendung fände, wenn Jemand die streitige unbewegliche Sache von dem eingetragenen Besitzer redlicher Weise erworben hat, der Glaube des Hypothekenbuchs, auf welchen wesentlich die Sicherheit des Eigenthums beruht, völlig erschüttert werden würde, und Niemand mehr bei der Erwerbung eines Grundstückes dem Glauben des Hypothekenbuchs zu vertrauen im Stande wäre; derjenige vielmehr, an welchen der eingetragene Besitzer ein Grundstück veräußert und übertragen hat, sich zuvor die Ueberzeugung verschaffen müßte, daß weder gegen den eingetragenen Besitzer noch gegen einen Vorbesitzer desselben das betreffende Grundstück in rechtlichen Anspruch genommen sei; eine Ueberzeugung, welche sich zu verschaffen in den meisten Fällen auch dem Sorgsamsten unmöglich sein wird.

Aus denselben Gründen, aus denen hier die Anforderung der Hypotheken-Verfassung gegen einen Fundamentalsatz des materiellen Prozeßrechts, durch den die Folgen der Unmöglichkeit, das Urtheil im Anfang des Rechtsstreits auszusprechen, paralysirt werden sollen, aufrecht erhalten wird, aus denselben Gründen muß den Grundsätzen des Hypothekenrechts und zwar in der oben gedachten Ausdehnung auch den Grundsätzen des Konkursrechts gegenüber der Vorrang eingeräumt werden. Das fordert die absolute Natur der Institution, auf der die Sicherheit des Verkehrs wesentlich beruht.

Die einschlagende Bestimmung der Konkursordnung ist (nicht, wie die Beschwerdeschrift meint, in der formellen Vorschrift des § 150) enthalten in dem § 10 des Abschnitts: „Gegenstand und Wirkungen des Konkurses im Allgemeinen" und lautet:

„Pfandrechte und Hypothekenrechte an dem zur Konkursmasse gehörigen Vermögen, welche von den einzelnen Gläubigern erst nach der Konkurseröffnung erlangt werden, können von denselben zum Nachtheil anderer Gläubiger nicht geltend gemacht werden, wenn ihnen auch die Befugniß, die Einräumung eines Pfandrechts oder Hypothekenrechts zu fordern, schon vor der Konkurseröffnung zustand."

Die Vorschrift an sich steht dem von uns eingehaltenen Verfahren

Digitized by Google

nicht entgegen. Ist auch das Hypothekenrecht (buchstäblich genommen) „erlangt," d. h. eingetragen, erst nach der Konkurseröffnung, so kann doch, um uns der Ausdrücke des mitgetheilten Plenarbeschlusses zu bedienen, die Zufälligkeit späterer Bearbeitung das mit der rechtzeitigen, vor der Konkurseröffnung erfolgten Präsentation bereits erworbene Recht des Hypothekengläubigers nicht weiter alteriren. — Es war bereits vor der Konkurseröffnung erworben. Es fällt nicht mehr in den Kreis der im § 10 gemeinten Fälle. Die Bestimmung des § 10 bezieht sich überhaupt nur auf Fälle, in denen der *nach* oder auch *vor* der Konkurseröffnung geschlossene (obligatorische) Pfandvertrag (Vertrag auf Bestellung eines Pfandes) erst *nach* der Konkurseröffnung durch die wirkliche Bestellung eines Pfandes realisirt werden soll. Die Bestimmung will den Schuldner verhindern, die auch vor der Konkurseröffnung *versprochene* Sicherstellung noch nach der Konkurseröffnung zum Nachtheil anderer Gläubiger zu gewähren. Auf die *bereits gewährten* Sicherheiten erleidet sie keine Anwendung. So kann sie denn auch auf den vorliegenden Fall, in welchem die Sicherheit nicht nur vor der Konkurseröffnung *versprochen*, sondern bereits durch Einräumung einer bestimmten Hypothek vor der Konkurseröffnung gewährt worden ist, von keiner Wirkung sein.

Bei dieser Auffassung müssen wir auch verharren trotz der entgegenstehenden Motive. Die Motive eines Gesetzes binden nicht. Sie haben keine Gesetzeskraft. Das Gesetz allein ist Gesetz.

In den Motiven heißt es:

> „Dieser Grundsatz (daß ein erst nach der Konkurseröffnung von einzelnen persönlichen Gläubigern erlangtes Realrecht an Bestandtheilen der Masse nicht zum Nachtheil der übrigen Gläubiger wirksam sein könne) muß selbst in dem Falle gelten, wenn der Titel und Antrag auf Eintragung einer Hypothek in das Hypothekenbuch noch vor der Konkurseröffnung bei der zuständigen Behörde eingereicht und präsentirt worden sind. Denn nur die wirkliche Eintragung, nicht schon eine solche Einreichung und Präsentation, begründet das Hypothekenrecht; bis zur wirklichen Eintragung bleibt der Anspruch immer nur ein persönlicher und kann, nach dem Dazwischentritt der Konkurseröffnung durch die Eintragung einen Vorzug vor dem Recht der Gläubigerschaft auf Grund der früheren Präsentation des Eintragungsgesuches nicht mehr erlangen, weil die Zeit der Präsentation nur bei einem Zusammentreffen solcher Ansprüche, deren dingliches Recht erst noch entstehen soll, in Betracht kommt,
>
> Hypoth. Ord. Tit. II § 30. A. L. R. Th. I Tit. 20 §§ 501. 502.
>
> das Recht der Gläubigerschaft auf das Vermögen des Gemeinschuldners aber bereits im Augenblick der Konkurseröffnung, vermöge der durch dieselbe von Rechtswegen eintretenden allgemeinen Beschlagnahme, jedem Dritten gegenüber, also dinglich, wirksam geworden ist."

Digitized by Google

Man glaubt in der That, man lese die Gründe der Senatsentscheidung vom 7. Juni 1845, und so gewähren die Motive die gewiß seltene Erscheinung, daß eine durch die Rechtswissenschaft überholte Rechtsanschauung noch nach langer Zeit wieder in den Motiven der Gesetzgebung zum Vorschein tritt..." *)

---

*) In dem Commentar zur Preuß. Konkursordnung von Wentzel und Klose (Berlin 1855) wird zu dem gedachten § 10 nach Mittheilung der Motive bemerkt (S. 92—94):

„Gegen diese Rechtfertigung in den Motiven zu dem Entwurf läßt sich etwas Begründetes nicht sagen.

Das Pfandrecht existirt nach §§ 6—8 Tit. 20 Th. I Allg. Landr. vor der Uebergabe oder Eintragung noch gar nicht, und was der § 10 bestimmt, ist eine Konsequenz, die er aus vorangegangenen Paragraphen zieht. Aber es verdient doch, daß man sich die Folgen des Paragraphen klar macht.

1. Was das Pfand im Gegensatz von Hypothek anlangt, so ist der § 10 von keiner großen praktischen Bedeutung ....

2. Von ungleich größerer Bedeutung ist der § 10 rücksichtlich der Hypothekenrechte, weil diese nur durch eine Thätigkeit des Richters und Ingrossators zur Existenz kommen können, eine Thätigkeit, die die Parteien allerdings veranlassen, aber nicht nach ihrem Willen in einer bestimmten Zeit herbeiführen können. Der Gläubiger kann sein Dokument dem Richter einreichen und Eintragung beantragen. Es vergehen aber im gewöhnlichen auch unverzögerten Geschäftsgange in der Regel immer ein Paar Tage, bevor die Eintragung wirklich erfolgt, ja es kommt vor, daß Wochen darüber vergehen. Gewöhnlich wird man, wenn dies geschieht, dem Gericht begründete Vorwürfe machen können, mitunter aber kann die Erledigung eines nothwendigen Zwischenakts die Sache verzögern, z. B. wenn es noch einer Besitztitel-Berichtigung bedarf. Man kann sich also nicht verhehlen, daß der Zufall, insbesondere die größere oder geringere Thätigkeit eines Richters oder Ingrossators, in dem einen Fall das Hypothekenrecht noch verschaffen kann, weil das Einschreiben in das Hypothekenbuch vor der Konkurseröffnung bewirkt wird, im anderen Falle aber unerlangbar machen kann, weil der Konkurs eröffnet wurde, ehe der Richter oder Ingrossator — die von dem drohenden Ausbruch des Konkurses keine Ahnung hatten — die Eintragung nicht so schnell herbeigeführt haben als es ihnen vielleicht möglich gewesen wäre. Das ist allerdings ein großer, aber bei unserer Hypothekenverfassung unvermeidlicher Uebelstand, für den man nur den Trost hat, daß dies bisher schon Rechtens gewesen ist und so viel bekannt ohne praktisch nachtheilige Folgen, und daß doch mehr und mehr die frühere Schwerfälligkeit und Langsamkeit in Bearbeitung der Hypothekensachen bei den Gerichten verschwindet.

3. Von der größten Wichtigkeit aber ist die Frage: kann die Sicherheit des Realkredits, die auf dem sogenannten guten Glauben des Hypothekenbuchs beruht, durch die Vorschrift des § 10 nicht leiden? Diese Frage ist mit Sicherheit zu verneinen. Schon deshalb, weil der Paragraph nichts Neues anordnet, wenngleich der darin ausgesprochne Satz so präzis bisher nicht ausgesprochen war, sondern aus den Vorschriften in § 33 Tit. 50 Th. I

Digitized by Google

Das Appellationsgericht zu Hamm, an welches diese Angelegenheit im Beschwerdewege gediehen war, hat zwar, nach Inhalt seines Bescheides vom 11. Januar 1860, nach Lage unserer Gesetzgebung und insbesondere nach der Fassung des § 10 der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 Bedenken getragen, den, übrigens als wohl motivirt anerkannten, Ausführungen des Hypothekenrichters überall beizutreten, jedenfalls aber die Sache für so zweifelhaft gehalten, daß darüber im Wege der Beschwerde nicht füglich entschieden werden könne, zumal Rechte

---

Allg. Ger.-Ordn. §§ 5—8. 411. 412. Tit. 20. Thl. I Allg. Landrecht abgeleitet werden mußte. Sodann aber auch deshalb, weil die Frage: in wie weit eine zu Unrecht und ohne Wirkung für den ersten Gläubiger erfolgte Eintragung doch dem redlichen Rechtsnachfolger Hypothekenrechte verschafft, hier gar nicht zur Entscheidung gestellt war, so daß darüber gar nicht disponirt, also auch das bestehende Recht in keiner Weise abgeändert worden ist. Es verbleibt also nicht blos bei § 15 der Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853, sondern auch bei den Vorschriften in den §§ 422—426. Tit. 20 Th. I Allg. Landr.

Danach steht die Sache also so. Wenn eine Forderung deshalb, weil sie erst nach erfolgter Konkurseröffnung wirklich eingetragen worden ist, dem zuerst eingetragenen Gläubiger kein Hypothekenrecht verschafft, so kann dem redlichen Cessionar dieses Gläubigers von der Gläubigerschaft ein Einwand aus § 10 der Konkursordnung dann nicht entgegengesetzt werden, wenn *nicht* entweder die Gläubigerschaft eine Protestation in der gesetzlichen Frist von vier Wochen hat eintragen lassen, oder das Instrument selbst die Existenz jenes Einwandes erkennen läßt, z. B. dadurch, daß aus dem Hypothekenauszug ersichtlich ist, daß der Vermerk über die Konkurseröffnung nach § 144. der Konk.-Ordn. eingetragen worden ist und daß der Konkurs zu einer Zeit eröffnet worden, zu der die Forderung noch nicht eingetragen war. Ist die Forderung schon aus der dritten in die vierte Hand übergegangen, dann greift der § 15 der Hypothekennovelle durch, welcher verordnet:

„Einem Dritten, welcher redlicher Weise über eine im Hypothenbuche eingetragene Post mit dem als Cessionar, Erbe oder sonstiger Erwerber eingetragenen und im Besitz des darüber ausgefertigten Hypothekeninstruments befindlichen Inhaber sich eingelassen hat, können keine die Berechtigung seines Auktors betreffende Einwendungen, soweit sie nicht aus der Urkunde oder dem Hypothekenbuche erhellen, entgegengestellt werden."

Daß diese Auffassung die des Gesetzgebers, also der Regierung und der Kammern gewesen, geht daraus hervor, daß sie in dem Kommissionsberichte der zweiten Kammer ohne Widerspruch Seitens der Regierung und ohne daß die erste Kammer daraus ein Bedenken entnommen in folgender Bemerkung zu § 10 ausgesprochen ist:

„Der im § 10 gedachte Fall ist der: daß der Gläubiger den Titel zum Pfandrecht schon vor, das Pfandrecht selbst aber erst nach der Konkurseröffnung erlangt, z. B. daß der Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung in die Eintragung einer Schuld gewilligt hat, die wirkliche Eintragung aber erst nach der Konkurseröffnung bewirkt wird. Es ist zu dem, was in den

Digitized by Google

dritter Personen dabei möglicher Weise ins Spiel kommen. Es ist daher dem Beschwerdeführer überlassen worden, die Ungültigkeit der von ihm angefochtenen Hypothek der Lübecker Commerzbank im Wege des Prozesses auszuführen.

Motiven darüber bereits angeführt ist, nur zu bemerken, daß der gute Glaube des Hypothekenbuches durch diese Vorschrift nicht erschüttert wird; denn die Vorschrift des § 423. Tit. 20. Thl. 1. des Allg. Landr. bleibt danach unbedingt bestehen, woraus folgt, daß, wenn ein Gläubiger erst nach der Konkurseröffnung ein Hypothekenrecht an dem zur Konkursmasse gehörigen Vermögen erlangt hat und die Hypothekenforderung an einen Dritten gediehen ist, diesem Dritten die Vorschrift des § 10 nicht entgegengesetzt werden kann."

Nr. 12.

Gehört zu den Verfügungen über die Substanz eines Bergwerks, welche nach § 7 des Gesetzes vom 12. Mai 1851 durch Mehrheitsbeschluß getroffen werden können, auch die Verpfändung des ganzen Bergwerks?

Die Gewerkschaft der Steinkohlenzeche „Vereinigte Henriette" hatte durch den Mehrheitsbeschluß der, drei Viertheile aller Bergwerksantheile vertretenden, Gewerken ihren Grubenvorstand ermächtigt, gegen Verpfändung des consolidirten Werkes, Darlehne bis zu einem gewissen Betrage aufzunehmen. Die Berghypotheken-Kommission zu Dortmund verweigerte jedoch die Eintragung der jenem Beschlusse gemäß bestellten Hypothek, indem dieselbe von folgendem Gesichtspunkte ausging:

Das gewerkschaftliche Bergwerkseigenthum hat nach der gegenwärtig in Kraft stehenden Berggesetzgebung lediglich den Charakter eines nach ideellen Antheilen getheilten Miteigenthums Mehrerer an einer gemeinschaftlichen Sache. Das Allgemeine Landrecht redet zwar im Tit. 16 Th. II mehrfach von einem „Gesammteigenthum der Gewerken"

vergl. §§ 131. 264. 265. 266 a. a. O.

und in Rücksicht auf die Bedeutung, welche diesem Rechtsbegriffe von den Germanisten beigelegt wird,

Eichhorn, Einl. in das deutsch. Privatr. § 166

ließe sich etwa folgern, der Gesetzgeber habe in der Anwendung dieses Begriffes der Gewerkschaft die Eigenschaft einer juristischen

Digitized by Google

Person zuerkannt. In neuerer Zeit ist diese Ansicht in der bergrechtlichen Literatur mehrfach aufgestellt und mit Gründlichkeit vertheidigt worden.

vergl. Brassert's und Achenbach's Zeitschrift für Bergrecht 1 S. 87.

Es ist zu ihrer Rechtfertigung insbesondere darauf hingewiesen worden, daß das gewerkschaftliche Verhältniß schon nach dem Allgem. Landrechte, jedenfalls aber nach der Novelle vom 12. Mai 1851 die wesentlichen Merkmale der juristischen Persönlichkeit an sich trage; denn es sei

1. die Gesammtheit der Gewerken durch eine gesetzlich geordnete Repräsentation vertreten, nach dem Landrechte §§ 269 und 314 a. a. O. durch ihre Lehnsträger resp. Schichtmeister, nach der Novelle vom 12. Mai 1851 § 26 durch den erwählten Repräsentanten oder Grubenvorstand;
2. das Recht des einzelnen Gewerken enthalte im Wesentlichen nur die Berechtigung zur Theilnahme an der Bethätigung der Willensakte der Gesammtheit und zur Theilnahme an den Nutzungen der gemeinsamen Sache;
3. der Wechsel in der Person des einzelnen Gewerken — ein Kuxeigenthum — bleibe ohne Einfluß auf die Fortdauer der gemeinsamen Repräsentation und der für die Gemeinschaft abgeschlossenen Geschäfte — § 22 der allegirten Novelle —;
4. die Theilungsklage sei ausgeschlossen und es finde unter den Gewerken kein Vorkaufsrecht statt — § 136 und 322 A. L. R. a. a. O.
5. Nach § 192 a. a. O. sei der Gewerke für Grubenschulden nur mit seinem Berganthelle, nicht persönlich haftbar.

Dieser Ansicht steht jedoch Folgendes entgegen:

a. Das wesentliche Kriterium der juristischen Persönlichkeit — die Nichthaftung der einzelnen Träger der fingirten juristischen Person für die Verbindlichkeiten der Letzteren ist von der Theorie, wie von der Praxis keineswegs anerkannt, die Praxis erklärt vielmehr den dafür angeführten § 192 nach den bekannt gewordenen Materialien des Allg. Landrechts nur auf den Fall der Auflässigkeit eines Bergwerkes oder der Kaduzirung eines einzelnen Berganthelis für anwendbar und leitet gerade aus dieser Gesetzesbestimmung per argumentum e contrario für das preußische Bergrecht den Grundsatz her:

Digitized by Google

„daß die Gewerken für Grubenschulden solidarisch persönlich verhaftet sind."

Vergl. Klostermann, Uebersicht der bergrechtlichen Entscheidungen des Ober-Tribunals § XIV S. 255.

b. Der § 268 a. a. O. bestimmt ausdrücklich, daß die Verhältnisse der Gewerken unter sich nach dem unter ihnen bestehenden Vertrage, und in dessen Ermangelung nach den allgemeinen Grundsätzen des Tit. 17 Th. I zu beurtheilen seien. Auch das Gesetz vom 12. Mai 1851 nennt die Gewerken im § 1 „Miteigenthümer eines Bergwerks."

c. Der zur Vorlage bei dem vorjährigen Landtage ausgearbeitete Gesetzentwurf, betreffend die Mobilisirung der Kuxe, erkannte ausdrücklich an, daß nach der bestehenden Gesetzgebung die Gewerkschaft nicht die Eigenschaft einer juristischen Person besitze, und hielt es für erforderlich, ihr diesen Charakter im § 1 ausdrücklich beizulegen.

Bei diesem Stande der Gesetzgebung kann der Hypothekenrichter bei der Prüfung der zum Eintrag präsentirten Akte unmöglich von einer andern Auffassung des gewerkschaftlichen Rechtsverhältnisses ausgehen, als von der Annahme eines nach ideellen Antheilen getheilten Miteigenthums. Bei diesem Verhältnisse ist aber der Antheil des einzelnen Miteigenthümers dessen nach § 11 Tit. 17 Th. I A. L. R. der Disposition der Gesammtheit nicht unterworfenes Sondereigenthum, und es folgt daraus, daß die Gesammtheit nicht durch Mehrheitsbeschluß Rechte auf dieses Sondereigenthum constituiren kann. — Ein Beschluß, welcher das ganze Bergwerk zur Hypothek stellt, enthält aber nichts anderes, als eine Verhypothecirung des Kuxeigenthums sämmtlicher Gewerken, und es ist derselbe deshalb ebenso unzulässig, wie nach ausdrücklicher Vorschrift des § 2 des Gesetzes vom 12. Mai 1851 ein Beschluß über die Veräußerung des ganzen Bergwerkes.

Es erübrigt daher nur die Prüfung, ob etwa der § 7 der angeführten Novelle der Gewerkschaft die fragliche Befugniß verliehen hat. Dies ist zu verneinen, da in demselben der Gewerkschaft nur die Befugniß beigelegt werden sollte, durch Mehrheitsbeschluß von 96 Antheilen das Objekt des gemeinsamen Eigenthums, die bergbauliche Gerechtsame nebst ihren Zubehörungen, zu verändern. Diese Befugniß mußte das Gesetz im Interesse einer zweckmäßigen Bewirthschaftung der Bergwerke der (qualifizirten) Majorität beilegen;

Digitized by Google

es enthält dieselbe aber keineswegs eine unmittelbare Disposition über das Sondereigenthum des einzelnen Gewerken, sondern nur ein ausgedehntes Verwaltungsrecht in Beziehung auf das gemeinschaftliche Werk, wodurch das Sondereigenthum des Einzelnen allerdings mittelbar in seinem Inhalte modifizirt werden kann. Ein gleiches Verwaltungsrecht findet auch nach § 12 Tit. 17 Th. I des Allg. Landrechts zu Gunsten der Mehrheit der Theilhaber einer communio incidens statt, in beschränkterem Umfange nur insofern, als der nicht consentirenden Minderheit dort die Berechtigung zuerkannt wird, die Auflösung der Gemeinschaft zu verlangen, während beim Bergeigenthum der Minderheit nur die Berechtigung zur Provocation auf Schiedsrichterspruch über die Zweckmäßigkeit des Mehrheitsbeschlusses und zur einstweiligen Inhibirung der Ausführung des Letzteren zugestanden ist.

Auf die gegen die Verfügung der Hypothekenbehörde von den Betheiligten erhobenen Beschwerde hat das Appellationsgericht zu Hamm durch den Bescheid vom 21. December 1861, den vorstehenden Ausführungen entgegen, die oben aufgestellte Frage bejaht. Es sind hierbei folgende Erwägungen leitend gewesen.

So wenig sich verkennen läßt, daß die Gewerkschaft, als genossenschaftlicher Verein, unter den Begriff der römischen societas nicht paßt, vielmehr verschiedene Seiten bietet, die ein corporatives Element in sich tragen, so ist doch — in Uebereinstimmung mit der Ansicht der Berghypotheken-Kommission — der Anschauung, welche die Gewerkschaft als eine wahre juristische Person und als das alleinige Subjekt des Bergwerkseigenthums betrachtet, alle Berechtigung abzusprechen.

Mit Recht sagt Bluntschli, deutsches Privatrecht B. 1 S. 407 f.

> „Manche gelehrte Juristen haben ihren Scharfsinn vergeblich abgemüdet, um die Gewerkschaft bald in den Begriff der societas, bald in den der universitas im römischen Sinne einzufügen. Er ist dort nicht unterzubringen, weil die Einheit der Gewerkschaft in ihrer Organisation und Stellvertretung zu entschieden ausgebildet ist, und hier nicht, weil doch das eine Ganze hinwieder in viele Antheilsrechte zerfällt, welche einzelnen Individuen, den Gewerken, zustehen. Nur der deutschrechtliche Begriff der Genossenschaft hat Raum genug, um die Gewerkschaft zu umfassen. — — — —
>
> Das Gesammtsubjekt der Gewerkschaft besteht aus den zu einer Zeche verbundenen Gewerken, je nach der Zahl der Kuxen. Die einzelnen Kuxen sind Gegenstand des Individualvermögens. Sie werden vererbt, sie können veräußert und verpfändet werden. Da sie sich auf das Bergwerk beziehen, so werden sie zu dem liegenden Gute gerechnet.“

Digitized by Google

Hiermit stimmt auch die Darstellung Gerber's (System des deutsch. Privatrechts § 97) überein:

„Der gewerbmäßige Betrieb des Bergbaues findet in der Regel in der Weise statt, daß eine größere Menge Berechtigter (Gewerken) sich in einer dem Wesen der Actiengesellschaft analogen Weise als Gesellschaft betheiligen (Gewerkschaften). Hier sind die Gesellschafter zunächst Miteigenthümer zu ideellen Theilen an den zum Betriebe des Bergbaues erforderlichen äußeren Anstalten, Baulichkeiten (Zeche) und Geräthschaften. Die Theilnahme an den Kosten und dem Ertrage des Bergbaues wird bestimmt durch eine Zerlegung des Gesammtaufwandes und der Gesammtausbeute in regelmäßig 128 gleich große intellektuelle Theile (Kuxe), so daß der Erwerb eines oder mehrerer dieser Kuxe den Umfang dieser Beitragspflicht und der Ertragstheilnahme feststellt. — — —

Die Gewerken erwerben an den occupirten Fossilien Miteigenthum zu ideellen Theilen und empfangen nach Verhältniß ihrer Theilnahme einen entsprechenden Antheil des dafür gelösten Kaufpreises; dem Staate gegenüber werden sie durch einen Lehnträger, welcher mit der Berggerechtigkeit beliehen wird, vertreten."

Weiterhin wird ausgeführt, daß diesem allein richtigen Gesichtspunkte der Umstand nicht entgegenstehe, daß kein Mitglied auf Theilung dringen könne, und diese Eigenthümlichkeit aus der Nothwendigkeit erklärt, den Fortbestand der Gesellschaft zu sichern und von dem Wechsel der Mitglieder unabhängig zu machen.

Andere Rechtslehrer, wie Weiske, praktische Untersuchungen auf dem Gebiete des einheimischen Rechts 3. Heft (1847) S. 205 und im Rechtslexicon B. 1 S. 954—956, und Beseler, System des gem. deutsch. Privatrechts § 203, neigen sich allerdings dahin, die Gewerkschaft als ein mit juristischer Persönlichkeit versehenes corporatives Ganze aufzufassen und ihren Mitgliedern (den Gewerken) nur vermöge ihrer Stellung in der Corporation Rechte am Gesammtvermögen beizulegen. Daß aber die Preußische Gesetzgebung einer solchen Auffassung nicht gefolgt ist, davon gibt — selbst von den landrechtlichen Bestimmungen abgesehen — das sprechendste Zeugniß das Gesetz über die Verhältnisse der Miteigenthümer eines Bergwerks vom 12. Mai 1851, welches im § 1 das mit der Vorschrift des § 268 Tit. 16 Th. II des Allg. Land-Rechts völlig übereinstimmende Prinzip an die Spitze stellt:

„Die Verhältnisse der Miteigenthümer eines Bergwerks (der Gewerken) unter sich sind nach dem unter ihnen bestehenden Vertrage, insoweit es an vertragsmäßigen Verabredungen fehlt, nach den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes und, so weit diese nicht ausreichen, nach den allgemeinen Gesetzen zu beurtheilen."

Dies ist auch von unserem höchsten Gerichtshofe mehrfach anerkannt worden. So wird in der Entscheidung des Ober-Tribunals vom 5. Juli

Digitized by Google

1858 in Sachen der Zeche Friedrich Wilhelm wider F. Steinhoff (F. 300) gesagt:

> „Die Gewerkschaften sind nicht, wie Eisenbahngesellschaften und überhaupt Actiengesellschaften nach § 3 des Gesetzes vom 3. November 1838 und § 8 des Gesetzes vom 9. November 1843 juristische Personen, sondern nach §§ 11—13, 22, 23 Tit. 6 Th. II des Allgem. Land-Rechts privilegirte Gesellschaften. Subjekt des Bergwerkseigenthums sind daher die einzelnen Gewerken, auf welche nach ausdrücklicher Vorschrift des § 268 Tit. 16 Th. II und §§ 12, 13, 23 Tit. 6 Th. II des Allg. Land-Rechts die allgemeinen Grundsätze des Tit. 17 Th. I von gemeinschaftlichem Eigenthume der Miteigenthümer anwendbar sind."

Allein dieser richtige Gesichtspunkt, von dem auch die Berghypotheken-Kommission ausgeht, führt noch keinesweges zur Verneinung der hier zu entscheidenden (oben aufgestellten) Frage.

Wir haben es hier mit einem genossenschaftlichen Vereine zu thun, dessen Wesen und Zweck in mehrfacher Beziehung Abweichungen von den gewöhnlichen Grundsätzen über Gesellschaftsverträge erheischt. Dies ist auch in dem oben angeführten § 1 des Gesetzes vom 12. Mai 1851 über die Verhältnisse der Miteigenthümer eines Bergwerks (Ges. Sammlung S. 265) klar ausgesprochen — eine Vorschrift, die an die Stelle des § 268 Tit. 16 Th. II des Allg. Land-Rechts getreten ist:

> „Die Verhältnisse der Gesammteigenthümer unter sich sind nach dem unter ihnen bestehenden Vertrage, und in dessen Ermangelung nach den allgemeinen Grundsätzen des Ersten Theils Tit. 17 zu beurtheilen."

Eine solche erhebliche Abweichung tritt schon in dem § 2 des gedachten Gesetzes hervor:

> „Die Aufhebung der Gemeinschaft durch den Verkauf des ganzen Bergwerks ist beim Widerspruche auch nur Eines Mitgliedes der Gewerkschaft unzulässig."

Es ist damit die bei dem gewöhnlichen Miteigenthume einem jeden Theilnehmer zustehende Befugniß, auf Theilung und zu dem Behufe auf den Verkauf der gemeinschaftlichen Sache anzutragen, ausgeschlossen, und somit auch den einzelnen Miteigenthümern die Möglichkeit entzogen, in Gemäßheit der §§ 13 f. Tit. 17 Th. I des Allg. Land-Rechts einer von der Mehrheit beschlossenen Verfügung über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache durch den auf Aufhebung der Gemeinschaft gestellten Antrag entgegenzutreten.

Weitere Abweichungen in dem Verhältnisse der Bergwerkseigenthümer unter einander finden sich in den §§ 7 ff. des mehrerwähnten Gesetzes. Der § 7 lautet:

> „Zu Beschlüssen, durch welche über den Gegenstand der Verleihung (Substanz eines Bergwerks) ganz oder theilweise verfügt werden soll, ist

Digitized by Google

eine Mehrheit von wenigstens drei Viertheilen aller gewerkschaftlichen Antheile erforderlich.

Bei Verfügungen, welche die Substanz zweier oder mehrerer Bergwerke, namentlich die Vereinigung derselben zu einem Bergwerke (Konsolidation benachbarter Grubenfelder) oder den Austausch von Feldestheilen durch Grenzregulirungen zum Gegenstande haben, muß die Stimmenmehrheit von wenigstens drei Viertheilen in jeder betheiligten Gewerkschaft vorhanden sein."

In diesem Paragraphen ist von Verfügungen über die Substanz des Bergwerks überhaupt und ohne alle Unterscheidung die Rede, ohne daß nur im Mindesten eine Ausnahme oder Beschränkung, welche hier allein an ihrer Stelle gewesen sein würde, angedeutet worden ist. Es läßt sich daher schon nach der Fassung des Paragraphen, welcher sich als eine alle Fälle erschöpfende Vorschrift darstellt, der Fall der Verpfändung des ganzen Bergwerks nicht als ausgeschlossen ansehen.

Einer solchen beschränkenden Auslegung würde auch jeder innere Rechtsgrund fehlen. Es sind sehr wohl Fälle denkbar, daß die zum vortheilhaften Betriebe des Bergwerks erforderlichen Geldmittel durch die gewöhnlichen, von dem Repräsentanten oder Grubenvorstande (nach § 18 Nr. 5 und 6 des gedachten Gesetzes) zu veranlassenden Ausschreibungen entweder überhaupt nicht, oder doch nicht ohne störenden Zeitverlust beschafft werden können, und daß daher als einziger Ausweg die Aufnahme eines Darlehns gegen Verpfändung des ganzen Bergwerks übrig bleibt. Sollte die Wahl dieses Hülfsmittels schon an dem Widerspruche eines einzigen Gewerken scheitern, so könnte das Fortbestehen der ganzen Gewerkschaft gefährdet sein, und gerade umgekehrt die Auflösung der Gemeinschaft herbeigeführt werden, weil jene zu deren Erhaltung dienende Maßregel unausgeführt bleiben muß. Es läßt sich deshalb durchaus nicht annehmen, daß das Gesetz Fälle dieser Art unter der ganz allgemein gefaßten Vorschrift des § 7 nicht habe begreifen wollen.

Nr. 13.

Klageberechtigung der Kinder aus den von ihren demnächst verstorbenen Eltern ohne ihre Zuziehung abgeschlossenen Gutsüberlassungs- und Abfindungsverträgen.

Durch gerichtlichen Vertrag vom 30. December 1847 übertrugen die Eheleute Wilhelm Halfmann zu Dellwig ihr gesammtes Vermögen, insbesondere den Halfmann Terhovens Hof, ihrem Sohne Heinrich, welcher

Digitized by Google

sich dagegen unter Anderem verpflichtete, seinen sechs Geschwistern zur Zeit ihrer Verheirathung oder anderweiten Niederlassung eine im § 8 des Vertrags näher bestimmte Abfindung zu gewähren. In einem Nachtrage zu jenem Vertrage vom 21. Februar 1848 wurde jene Abfindung in einigen Punkten abgeändert, namentlich die Abfindung in Geld auf 250 Thlr. festgesetzt. In einem späteren Nachtrage vom 15. October 1849, den jedoch nur der Vater Wilhelm Halfmann für sich und im Namen seiner mit ihm angeblich in der Gütergemeinschaft des französischen Rechts lebenden Ehefrau, ohne deren persönliche Mitwirkung, mit seinem Sohne Heinrich, dem Gutsübernehmer, errichtete, wurde die Geldabfindung auf 150 Thlr. ermäßigt und hinsichtlich deren Fälligkeit bestimmt, daß der Gutsübernehmer diese Summe seinen verheiratheten Geschwistern erst nach dem Ableben beider Eltern zu entrichten verpflichtet sei.

Nach dem Tode der Eltern klagten drei von den Geschwistern des Gutsübernehmers gegen die Erben des Letzteren auf Gewährung der in dem Vertrage vom 30. December 1847, bez. 21. Februar 1848 festgesetzten Abfindung, insbesondere auf Zahlung der Geldabfindung von 250 Thlr., indem sie die Ermäßigung derselben durch das ohne Zuziehung ihrer Mutter getroffene Abkommen vom 15. Oktober 1849 für ungültig erachteten.

Die Verklagten machten hauptsächlich zwei Einwendungen geltend:

a) daß die Kläger überhaupt aus den gedachten Verträgen keine Rechte für sich herleiten könnten, da sie an deren Schließung weder mittelbar noch unmittelbar Theil genommen hätten, noch auch denselben mit Bewilligung der Hauptparteien beigetreten seien;

b) daß eventuell den Klägern nur die durch das Abkommen vom 15. Oktober 1849 ermäßigte Abfindung gebühre.

Das Appellationsgericht zu Hamm hat durch das Erkenntniß vom 27. April 1861 den ersteren Einwand mit dem Richter der vorigen Instanz verworfen, dagegen, abweichend von der Ansicht der Letzteren, den zweiten Einwand für begründet erklärt und insoweit das erste Urtheil abgeändert. Die Gründe des Appellationsrichters lauten:

Was zunächst den Präjudicial-Einwand des Verklagten betrifft, daß die Kläger weder aus dem Vertrage vom 30. December 1847 resp. dem Nachtrage vom 21. Februar 1848 noch auch aus dem späteren Nachtrage vom 15. October 1849 Rechte für sich herleiten könnten, so stützt sich dieser Einwand auf den § 75 I 5 A. L. R., welcher, nachdem im § 74 l. c. ausdrücklich der Vortheil eines Dritten als ein

Digitized by Google

zulässiger Vertragsgegenstand anerkannt worden, bestimmt: „der Dritte selbst aber erlangt aus einem solchen Vertrage, an dessen Schließung er weder mittelbar noch unmittelbar Theil genommen hat, erst alsdann ein Recht, wenn er demselben mit Bewilligung der Hauptparteien beigetreten ist." Daß die Kläger an der Schließung jener Verträge unmittelbar Theil genommen oder daß sie denselben mit Bewilligung der Hauptparteien beigetreten seien, ist von ihnen nicht einmal behauptet. Dessen ungeachtet kann jenem Einwande eine Berechtigung im vorliegenden Falle nicht zugestanden werden. Der erste Richter gelangt ebenfalls zu diesem Resultate, indem er in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem Plenarbeschlusse des Ober-Tribunals vom 25. August 1846 (Entsch. Bd. XIV § 68 ff.) ausführt, daß bei den Gutsüberlassungs-Verträgen der Eltern an Kinder, Erstere zugleich ihre sämmtlichen übrigen, zum Vertrage direct nicht zugezogenen Kinder verträten, so daß also diese letztern, wie es der § 75 cit. zur Klagbarkeit für sie verlange, mittelbar an der Schließung des Vertrages Theil nähmen. Von den Verklagten ist gegen diese Ausführung allerdings geltend gemacht, daß die Kläger zur Zeit der Abschließung der hier fraglichen Verträge bereits großjährig und aus der väterlichen Gewalt entlassen gewesen, und mit Rücksicht hierauf behauptet, daß von einer solchen Vertretung, wie sie der erste Richter annehme, nicht die Rede sein könne. Es ist von ihnen ferner geltend gemacht, daß die Eltern bei solchen Verträgen nicht als vermuthete Bevollmächtigte ihrer nicht zugezogenen Kinder angesehen werden könnten, weil es hierzu an dem Erforderniß der Dringlichkeit fehle. Das Gewicht dieser Einwendungen kann indessen für den vorliegenden Fall auf sich beruhen, da auch ohne die Annahme einer solchen Vertretung, wie sie der erste Richter statuirt, den Klägern ein Klagerecht aus den fraglichen Verträgen zugestanden werden muß. Während nämlich nach dem Römischen Recht der zum Vortheile eines Dritten abgeschlossene Vertrag sowohl für den Promittenten als für den Promissar unwirksam war, insofern nicht für den Promissar durch die Verabredung einer Conventionalstrafe oder sonst wie ein Interesse an der Erfüllung des Vertrages begründet oder sofern nicht dem Dritten direct ausnahmsweise ein Klagerecht gegen den Promittenten in der Gestalt der actio utilis eingeräumt war (cf. Holzschuher, Theorie und Casuistik Bd. III S. 312 f.), ist nach Preußischem Recht, welches in dieser Beziehung auf der durch germanische Rechtsanschauung wesentlich modificirten gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis beruht (cf. Beseler, Erbvertr. Thl. II Bd. 1 S. 75 ff.) für den Promittenten auch bei Verträgen über den Vortheil eines Dritten sein Versprechen unbedingt bindend, so daß der

Digitized by Google

Stipulator ihn also belangen kann, ohne daß es der Nachweisung eines besonderen Interesses auf seiner Seite bedarf. Der Stipulator kann also auch sein Klagerecht dem Dritten cediren und diesem auf solche Weise die Erlangung des Vortheils ermöglichen. Unter der Voraussetzung einer solchen Cession bedarf es demnach des Beitritts des Dritten zu dem Vertrage, wie ihn der § 75 I. 5 A. L. R. zur Klagbarkeit für den Dritten verlangt, nicht. Dasselbe muß aber auch dann angenommen werden, wenn der Wille des Stipulators dem Widerruf entzogen und unwandelbar geworden ist, da die unbedingte Verpflichtung des Promittenten fest und außer Frage steht und er, um davon liberirt zu werden, jedenfalls an den Dritten zahlen muß, wenn nur der Stipulator es will. Der einzige Grund, aus welchem der einseitige Beitritt und die Klage des Dritten vorher ausgeschlossen war, hätte nur darin bestehen können, daß der Stipulator immer noch dem Promittenten seine Obliegenheit hätte erlassen können. Ist diese Möglichkeit nicht mehr vorhanden, so ist es nur consequent nach dem Wegfalle dieses Grundes dem Dritten selbst ein Klagerecht zu geben, ein Klagerecht, welches demnach eine Analogie zu der freilich nur als Ausnahmefall dastehenden actio utilis des Römischen Rechts bildet. Ein Fall, in welchem auch nach Preußischem Recht dem Dritten diese actio utilis gegen den Promittenten zugestanden werden muß, ist nun namentlich der, wenn durch den Tod des Stipulators jene Möglichkeit aufgehoben ist. Diese Grundsätze auf den vorliegenden Rechtsstreit angewandt, so leuchtet ein, daß den Klägern der § 75 cit. nicht mit Wirksamkeit entgegengestellt werden kann, da die Eheleute Wilhelm Halfmann nach der übereinstimmenden Erklärung der Parteien bereits gestorben und also das einzige Hinderniß beseitigt ist, welches der Einforderung der für die Kläger stipulirten Abfindungen noch entgegenstand. Die Klageberechtigung der Kläger an sich unterliegt hiernach keinem weiteren Bedenken. Es fragt sich aber ferner, ob sich dieses Klagerecht noch auf die ihnen in dem Vertrage vom 21. Februar 1848 stipulirte Abfindung erstreckt, oder ob sie sich mit der in dem Nachtrage vom 15. October 1849 von dem Wilhelm Halfmann allein ermäßigten Geldabfindung begnügen müssen. Ob der Wilhelm Halfmann, ohne Zuziehung seiner Ehefrau, welche bei Schließung der früheren Verträge mitwirkend gewesen war, zu der Ermäßigung der Abfindungen in dem Nachtrage vom 15. October 1849 für befugt erachtet werden muß, kann hier auf sich beruhen. Soviel steht aber fest, daß, wenn er jene Ermäßigung auch mit Wirksamkeit nicht allein vornehmen konnte, er jedenfalls dem Gutsübernehmer Heinrich Halfmann zur Gewährleistung aus dem Vertrage vom 15. October 1849 verpflichtet war,

Digitized by Google

da die Leistung der Gewähr zur Erfüllung eines jeden Vertrages gehört § 317 I. 5 A. L. R. Daraus folgt weiter, daß wenn er selbst die Zahlung der in dem früheren Nachtrage vom 21. Februar 1848 stipulirten Geldabfindung von 250 Thlrn. von dem Gutsübernehmer hätte fordern wollen, ihm von Letzterem mit Recht die exceptio doli entgegengesetzt worden wäre. Dieselbe Einrede steht auch den Klägern entgegen. Daß nämlich die Eheleute Wilhelm Halfmann gestorben und von den Klägern beerbt worden, ist von diesen nicht bestritten und muß also für zugestanden erachtet werden. Es muß ferner angenommen werden, daß die Kläger Erben ohne Vorbehalt ihrer Eltern geworden sind, da nicht constirt, daß sie deren Nachlaß mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten haben. Als Erben ohne Vorbehalt repräsentiren sie aber ihren Erblasser in vermögensrechtlicher Beziehung vollständig und unbedingt (§ 418 I. 9 A. L. R.) und daraus folgt, daß sie sich auch die Letzterm entgegenstehenden Einwendungen gefallen lassen müssen. Ist dieses der Fall, so leuchtet ein, daß auch die Kläger nur die in dem Nachtrage vom 15. October 1849 stipulirte Geldabfindung von 150 Thlrn. verlangen können. Dies gilt aber nicht nur hinsichtlich der Quantität dieser Abfindung, sondern auch hinsichtlich deren Fälligkeit. Da nun hinsichtlich der Fälligkeit in dem Nachtrage vom 15. October 1849 bestimmt ist, daß der Gutsübernehmer Heinrich Halfmann die seinen verheiratheten Geschwistern zu zahlende Abfindung erst nach dem Ableben beider Eltern zu entrichten verpflichtet sein solle, so kann die Verheirathung der Kläger nur insoweit in Betracht kommen, als sie die Voraussetzung für die Geltendmachung der ihnen stipulirten Abfindungen überhaupt bildet, während deren Fälligkeit sich lediglich nach dem Ableben der Eheleute Wilhelm Halfmann bestimmt.

Wenn nun dieses Ereigniß insofern von Bedeutung ist, als es die Grundlage für die Fälligkeit der klägerischen Abfindungen bildet, so kann dasselbe doch nicht als ein bestimmter Zahlungstag, der pro homine interpellirt, angesehen werden. Die Fassung, daß nach dem Ableben beider Eltern die Abfindung entrichtet werden solle, weist auf einen bestimmten Zahlungstag nicht hin, läßt diesen vielmehr unbestimmt und ist somit, um den Verpflichteten in moram zu versetzen, eine besondere Aufforderung zur Zahlung nothwendig. Da eine solche nicht behauptet ist, so tritt die Behändigung der Klage an ihre Stelle und diese versetzt in moram. Diese letztere kann demnach erst von dem Tage der Klagebehändigung an als vorhanden angenommen und somit gemäß §§ 64, 71 I. 16 A. L. R. den Klägern auch nur von diesem Tage an Verzugszinsen zuerkannt werden.

Digitized by Google

Vorstehende Entscheidung ist in dem hier mitgetheilten Punkte in Folge der von den Klägern dagegen erhobenen Revision durch das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 3. Januar 1862 bestätigt worden.

H. 1182.

Nr. 14.

Unanwendbarkeit der §§ 526 ff. Tit. 12 Th. I des Allg. Land-Rechts*) auf den Fall, wenn die namentlich benannten Kinder einer im Testamente als gestorben bezeichneten Person bedacht sind.

Die Eheleute Caspar Friedrich Höfinghoff und Maria Christiane geborene Spaet am Rohlande errichteten am 18. October 1850 ein Testament, in welchem sie sich gegenseitig zu Erben einsetzten und sich sodann die nominatim aufgeführten Kinder ihrer beiderseitigen Geschwister substituirten.

Der § 3 dieses Testaments, welcher die Substitution enthielt, lautete, so weit er hier in Betracht kommt, wörtlich wie folgt:

„Wir substituiren uns beiden gegenseitig folgende Geschwisterkinder ꝛc.:
II. die Kinder meiner, des Ehemannes, verstorbenen Schwester Catharina Elisabeth Höfinghoff, verehelichten Caspar Asbeck auf der Halle als:
a. Friedrich Asbeck auf der Halle,
b. Peter Caspar Asbeck auf den Hoerden,
c. Helene, Ehefrau Winterhoff in der Wehringhauser Bache ꝛc.
Jeder der gedachten (fünf) Stämme soll auf ein Fünftel des Nachlasses des Letztlebenden substituirt sein."

Caspar Friedrich Höfinghoff starb am 29. Mai 1851, seine Wittwe am 7. Mai 1859, und vor beiden Testatoren, am 22. Mai 1851, war bereits die sub II substituirte Helene Asbeck, verehelichte Winterhoff mit

---

*) § 526. „Unter dem Ausdrucke: Kinder, werden, wenn derselbe in einer letztwilligen Verordnung gebraucht worden, in der Regel auch die an deren Stelle tretenden fernern Descendenten, insofern denenselben nach den Gesetzen ein Pflichttheil aus dem Vermögen ihrer unmittelbaren Aeltern zukommen würde, mitbegriffen; es mag nun von des Erblassers eigenen, oder von den Kindern des Erben oder Legatarii die Rede seyn (Tit. 11 § 1145. 1146. 1147)."

§ 527. „Hat der Erblasser den Kindern eines Andern, ohne weitere Bestimmung, etwas vermacht, so gebührt dasselbe denjenigen, welche zur Zeit des Erbanfalls geboren, oder im Mutterleibe vorhanden waren."

§ 528. „Auch in diesem Falle treten die weitern Abkömmlinge solcher Kinder, die vor dem Erblasser verstorben sind, in Beziehung auf das Vermächtniß, soweit an die Stelle ihrer Aeltern, als sie dazu, bei dem Nachlasse ihrer eigenen Großältern, oder weitern Ascendenten berechtigt sein würden."

Digitized by Google

Tode abgegangen. Letztere, die Ehefrau Winterhoff, hinterließ zwei Kinder, Carl Heinrich und Friedrich Winterhoff, von denen Friedrich in der Unmündigkeit verstorben und von seinem Bruder beerbt ist. Bei der nach dem Tode der Wittwe Höfinghoff erfolgten Nachlaßregulirung verlangte Carl Heinrich Winterhoff den Erbantheil seiner Mutter, Helene geb. Asbeck, während deren Brüder Friedrich und Peter Caspar Asbeck allein den ganzen Erbstamm in Anspruch nahmen.

Die von C. H. Winterhoff dieserhalb angestellte Klage ist jedoch durch die übereinstimmenden Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Hagen vom 21. November 1860 und des Appellationsgerichts zu Hamm vom 18. Juli 1861 verworfen worden. — Die Gründe des letzteren lauten:

Nach § 367 Th. I Tit. 9 des Allg. Land-Rechts tritt der Erbanfall immer erst nach dem Tode des Erblassers ein, und da die Mutter des Klägers vor beiden Testatoren gestorben ist, so hat dieselbe die Erbschaft nicht erworben, und es wuchs daher gemäß § 281 Th. I Tit. 12 A. L. R. ihre Erbportion den übrigen conjunctim eingesetzten Erben, den Verklagten, zu, vorausgesetzt, daß das Testament selbst nicht andere Personen statt des weggefallenen Erben beruft.

Der Kläger sucht nun darzuthun, daß Letzteres der Fall sei, indem die Testatoren die Kinder, das heiße die Descendenz ihrer Geschwister hätten berufen wollen, und stützt diese Ansicht auf die §§ 526 seq. Tit. 12 l. c. Allein diese gesetzlichen Bestimmungen haben offenbar nur den Zweck, den Begriff „Kinder" zu interpretiren und festzustellen, wenn dieser Ausdruck in einem Testamente ohne nähere Bezeichnung gebraucht ist. Von der Anwendbarkeit dieser Paragraphen kann mithin dann keine Rede sein, wenn das Testament selbst, wie im vorliegenden Falle, eine nähere Erläuterung dessen enthält, was unter der Bezeichnung „Kinder" verstanden ist.

Zwar ist es möglich, daß die namentliche Aufführung der Kinder bloß descriptionis causa geschehen ist, und daß es die Absicht der testirenden Eheleute war, sämmtliche Abkömmlinge ihrer in dem Testamente genannten Geschwister zu instituiren; allein da die instituirten Personen namentlich genannt sind, und die Annahme mindestens ebenso gerechtfertigt erscheint, daß die Bezeichnung „Kinder" nur das Motiv der Einsetzung der namentlich angegebenen Erben hat andeuten sollen, so muß die namentliche Bezeichnung für die entscheidende erachtet werden, und kann bei dem klaren Wortlaute des Testaments von den Interpretationsregeln der §§ 526 seq. nicht die Rede sein.

Die angeblichen gesprächsweisen Aeußerungen der testirenden Ehefrau sind bei dieser Sachlage offenbar unerheblich, einestheils, weil durch

Digitized by Google

dergleichen Aeußerungen der klare Sinn einer letztwilligen Disposition nicht abgeändert werden kann, dann aber auch, weil dieselben im vorliegenden Falle für die gemeinschaftlichen Intentionen beider Eheleute um so weniger maßgebend sein können, als es sich gerade um die Verwandten des Ehemannes handelt.

Auch die §§ 518, 519 und 521 Tit. 12 l. c. passen nicht, um auf den Willen der Testatoren Schlüsse machen zu können. § 518 hat nach dem Marginal Bezug auf Bedingungen und zum Gegenstande falsche Benennungen und Bezeichnungen, welche ebenfalls nicht vorliegen und der § 521 endlich setzt den auch nicht zutreffenden Fall voraus, wenn neben der testamentarischen Erbfolge auch noch die Intestatsuccession eintritt.

Die gegen dieses Appellationserkenntniß erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist durch das Urtheil des Ober-Tribunals vom 14. Februar 1862 verworfen worden.

W. 685.

Digitized by Google

Glossen zum Allgemeinen Land-Recht.

Von Dr. J. A. Gruchot.

Allgemeines Land-Recht Th. I Tit. 8.

Vom Eigenthume.

(Fortsetzung.)

Einschränkungen des Eigenthums zum Besten der Nachbarn.[1])

Ueber das Eigenthumsverhältniß in Betreff der Privatflüsse ist zu vergleichen:

v. Bülow u. Hagemann: pract. Erörterungen B. 1 S. 55—99.

Gersterding: Beiträge zum Wasserrecht (im Archiv für die civil. Praxis B. 3 S. 60—77).

C. F. Günther: Quaestionum de jure aquarum Specimina 1—5. Lipsiae 1826—1830.

Funke: Beiträge zum Wasserrecht (im Archiv für die civil. Praxis B. 12 S. 285 f. 434 f.).

Kori: Ueber das Wasserrecht (ebendas. B. 18 S. 43 f.).

Mittermaier: Verhältniß der Verwaltung und der Justiz in Bezug auf Streitigkeiten über Gegenstände der Regalität mit besonderer Beziehung auf das Wasserrecht (ebendas. B. 23 S. 153—162).

C. G. Schwab: Rechte der Adjacenten an einem Privatflusse (im Beilageheft zum Archiv für die civ. Praxis B. 30 S. 20—28).

Elvers: Das Recht des Wasserlaufes nach seinen leitenden Principien und in seinen einzelnen Bestimmungen aus den Quellen des römischen Rechts dargestellt (in der Themis. N. F. B. I Heft 3, 1841, S. 413—553[2]).

---

1) „Das Marginale von § 102 gehört schon zu § 99 d. T. Die Verschiebung desselben läßt sich wohl aus der engen Verbindung erklären, in der gerade noch die §§ 99—101 (fl. priv.) mit den unmittelbar vorangehenden §§ 96—98 (fl. publ.) stehen."

Heydemann I S. 418 Note 896.

2) Pözl in seiner Kritisch. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft I S. 38 bemerkt über diese auch einzeln erschienene Abhandlung: „Die gründliche und klare Erörterung des Wasserrechts von Elvers ist bis zur Stunde von keiner neueren Arbeit erreicht, geschweige denn übertroffen worden."

Vergl. auch die Rezension in Schneider's krit. Jahrb. 1842 S. 385 f.

Digitized by Google

Börner: Revision der neueren Lehre von der Zugehörigkeit der beständig fließenden Gewässer nach Römischem und Deutschem Recht (im Archiv für die civil. Praxis B. 38 S. 148—185, S. 359—379).

v. Gerber: System des deutsch. Privatrechts § 61.

Bluntschli: Deutsches Privatrecht (2. Aufl.) § 53, § 75.

Walter: System des gem. deutsch. Privatrechts §§ 170, 171, 174.

Beseler: System des gem. deutsch. Privatrechts B. 3 § 197.

Glaß: Die wasserrechtliche Gesetzgebung auf dem Standpunkte der Gegenwart. Altenburg 1856.[1])

Dr. G. A. Hesse: Ueber die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn, insbesondere über die cautio damni infecti und die actio aquae pluviae arcendae nebst Beiträgen zur Negatorienklage und zum Wasserrechte, Eisenberg 1859.

Heimbach senior in Weiske's Rechtslexicon, Artikel „Wasserrecht" B. 14 S. 86—202 (1860).

E. Scheele: Das Preußische Wasserrecht. Lippstadt 1860.[2])

Im Uebrigen ist zu verweisen auf die übersichtliche Darstellung von

Pözl: Die neuere Gesetzgebung und Literatur über das Wasserrecht (in dessen Kritisch. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung u. Rechtswiss. B. I (München 1859) S. 23—45).

§ 99. 1. Vergl.

l. 4 C. de serv. et aqua (3, 34): Aquam, quae in alieno loco oritur, sine voluntate ejus, ad quem usus ejusdem aquae pertinet, Praetoris edictum non permittit ducere.

l. 7 C. eod.: Si manifeste doceri possit, jus aquae ex vetere more atque observatione per certa loca profluentis utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere: Procurator noster, ne quid contra veterem atque solennem morem innovetur, providebit.

l. 3 C. de lege Aquil. (3, 35): ... Quin etiam, si aqua per injuriam alio derivata sit, ut in priorem statum restituatur, ejusdem judicis cura impetrabit.

Mevii Decis. IX. 119: ... Est hoc ex humanitatis jure commune debitum, ut quisque in suo sua ita habeat et faciat, ne ex defluxu aquae nimio, vicino ejusque agris noceatur. Quod debitum ex quasi contractu quodam inter vicinos enasci, ab ICtis creditur et traditur. Ex hoc deinde jus est vicino petendi, ne quid vicinus faciat vel negligat, per quod cursus vel fluxus deterior seu nocentior reddatur. Pro isto obtinendo peculiaris actio, quae de aqua et aquâ pluvia arcenda datur. Competunt et alia plurima remedia atque actiones. Ut vero

1) Vergl. Pözl a. a. O. S. 41, 42.

2) Vergl. die Anzeige im Jahrg. IV S. 186 dieser „Beiträge."

Digitized by Google

publice atque privatim interest, aquas recte contineri, in fontes duci, ne noceant, servari et ex eo nocumenta, quae, nisi avertuntur, nocentiora, minusque commode reparabilia sunt, praeveniri et praepediri: ita his avertendis remedia omnia sunt favorabilia et juvanda magis, quam impedienda ....

2. Ueber die Möglichkeit eines Eigenthums an fließenden Gewässern sprechen sich aus:

Bluntschli a. a. O. § 53 S. 132, 133:

Die Natur der Gewässer steht zwischen der des Grundstücks, welche zu stetigem Besitz und Bau und daher zum Eigenthum den Menschen gleichsam einladet, und der Luft, die dem Privateigenthum entweicht, in der Mitte. Die Gewässer bedecken einen bestimmten Theil des Erdbodens, und sind nicht so elastisch und flüchtig, wie die Luft. In höherem Grade als an der Luft läßt sich daher an ihnen die Herrschaft des Menschen bewähren. Aber sie sind flüssig, breiten sich aus, und dienen nur ausnahmsweise dem Einzelnen. Sie haben einen Zug zur Gemeinschaft; und lassen sich nicht so ausschließlich von dem Sonderbesitz des Einzelnen erfassen und halten, wie das Grundstück. Je größer und bedeutender sie sind, um so weniger ertragen sie das Privateigenthum.... Der Bach, die Brunnenquelle und mehr noch der Teich und der Canal sind zwar wesentlich von Privatgut umschlossen und theilweise Privatwerk, und daher fähig, als Privatsache behandelt und Gegenstand des Eigenthumsverkehrs zu werden, aber sogar auf dieser untersten Stufe regt sich noch mit Bezug auf den Abfluß die ursprünglich dem Wasser inwohnende Neigung, der Gemeinschaft zu dienen. Um deswillen nehmen die Rechte an den Gewässern, auch insofern solche als Privatrechte ausgebildet worden sind, doch einen andern Charakter an, als die Rechte an Grundstücken....

Ferner § 75 S. 218, 219:

Wenn die Herrschaft über fließende Gewässer Eigenthum genannt wird, so ist dieses Eigenthum doch von anderer und beschränkterer Art als das eigentliche Eigenthum an Grundstücken, denn das Wasser — und auf dieses kommt es bei solcher Herrschaft doch an, nicht auf das zugedeckte Bett, in dem es fließt — hält der ausschließlichen Herrschaft nicht Stand, sondern eilt davon, um sich wieder Andern mitzutheilen. Das Gewässer steht von seiner Quelle bis zu seiner Mündung in einem fortwährend unterhaltenem Zusammenhang und einer sich stets erneuernden Verbindung. Es empfindet der untere Theil des Gewässers leicht eine Veränderung in dem oberhalb gelegenen Wasserlauf, aber auch umgekehrt manche Vorrichtungen, die unten an dem Wasserlauf vorgenommen werden, wirken zurück auf die oberen Theile. Dieser natürliche Zusammenhang des Gegenstandes der Herrschaft muß daher in der juristischen Ausbildung dieser beachtet werden. Um deswillen werden die verschiedenen Berechtigten an demselben Gewässer zu einander in eine Beziehung gebracht. Gemeinsame Interessen und gemeinsame Beschränkungen entstehen, gemeinsame Rechte und gemeinsame Pflichten. Die Herrschaft über die Gewässer ist folglich im Princip beschränkt durch die

Digitized by Google

fortwährende Rücksicht auf den natürlichen Zusammenhang und die Bestimmung des Gewässers, auch Andern zu dienen.

Desgleichen § 77 S. 222, 223:

Ob die nicht öffentlichen Flüsse und Bäche im Privateigenthum stehen oder nicht, und im ersteren Falle, in welcher Weise sie als Eigenthum des Ufereigenthümers zu betrachten seien, sind viel bestrittene Fragen. Auch hier erinnert das Wort Eigenthum an Eigenschaften, denen sich die Natur des fließenden Gewässers nicht fügt. Wird dasselbe vermieden, so wird man sich leichter zurecht finden. Gewisse Nutzungen sind auch an solchen Gewässern Jedermann gestattet, und zwar nicht als das Eigenthum beschränkende Servitutrechte, sondern als Uebung der wesentlich gemeinsamen Herrschaft des Menschen über die natürlichen Gewässer, so das Wasserschöpfen mit Handgefäßen, Waschen, Baden, Tränken.

Andere Nutzungen dagegen sind zunächst den Ufereigenthümern vorbehalten, so daß hier die Richtung zur Privatherrschaft stärker hervortritt, und es begreiflich wird, wenn manche neuere Gesetze diese Gewässer als Zubehör der Ufergrundstücke erklären, und wenn solche Flüsse die Ufer verschiedener Grundeigenthümer trennen, letztere je bis zur Mitte des Flusses als Eigenthümer desselben bezeichnen, obwohl auch da die Herrschaft der Ufereigenthümer über das Gewäßer von ganz anderer Art ist, als ihr Eigenthum an den anstoßenden Grundstücken. — Die Ufereigenthümer sind berechtigt, das an ihrem Grundstücke vorüberfließende Wasser nach Belieben zu benutzen, und dafür die nöthigen Einrichtungen zu treffen, insofern nicht einem andern Ufereigenthümer oder Wasserwerkbesitzer durch Ueberschwemmung oder Stauung Schaden zugefügt wird, und der natürliche Abfluß des Wassers unversehrt bleibt, resp. wiederhergestellt wird. Derartige Nutzungen der Ufereigenthümer sind außer den Triebwerken a) Waschanstalten, b) Badeeinrichtungen, c) Fähranlagen, d) Fischhalter, e) Anstalten für Wiesenwässerung.

Walter, System des gem. deutsch. Privatrechts § 170:

Die Rechtsverhältnisse an den Gewässern werden von den thatsächlichen, von der Natur selbst gegebenen Eigenthümlichkeiten derselben beherrscht, und davon muß man vor Allem ausgehen. Diese zeigen sich in folgenden Punkten. I. Ein fließendes Wasser bildet eine ohne menschliches Zuthun erzeugte, sich stets fortbewegende und erneuernde Masse, welche durch menschliche Kraft entweder gar nicht oder doch nicht auf die Dauer gehemmt werden, sondern nur in ihrem Vorbeifließen benutzt werden kann. Der Begriff des Eigenthums als einer willkührlichen und ausschließlichen Herrschaft über dieselbe ist daher hier nach der Natur des Stoffes entweder gar nicht oder nicht vollständig zu realisiren. II. Ein fließendes Wasser bildet eine zusammenhängende Masse, in welcher die Einwirkungen, die sie an einem Orte empfängt, nicht auf diesen Ort begränzt werden können, sondern sich mit unwiderstehlicher Kraft auch nach oben oder nach unten mittheilen, und dadurch zerstörend in ein fremdes Rechtsgebiet eingreifen können. Dadurch unterscheidet sich also auch die Benutzung von der anderer im Eigenthum stehender Sachen, indem es bei dieser dem Benutzenden möglich ist, die Wirkungen auf die Gränzen seines

Digitized by Google

Eigenthums zu beschränken. III. Ein fließendes Wasser bildet eine unversiegbare Kraft, die zum Betriebe industrieller Werke sehr nützlich verwendet, und wie andere Bodenkräfte zu den von der Natur einem Lande verliehenen wohlthätigen Gaben gerechnet werden kann. Es gehört daher zu den Aufgaben der Staatsgewalt, diese Kraft nicht nur zu erhalten, sondern auch deren Gebrauch im Sinne der möglichsten Gemeinnützigkeit zu regeln. IV. Als eine von der Natur verliehene und von der Staatsgewalt zum gemeinen Nutzen geordnete Kraft liegt es nahe, daß diejenigen, welche sich derselben vorzugsweise zu ihrem Vortheil bedienen, dafür auch an den Staat eine besondere Steuer entrichten, theils als Abgabe eines lucrativen Gewerbes, theils als Beitrag zu den Kosten, welche die Staatsgewalt wegen ihrer Beaufsichtigung und nöthigen Anlagen zu bestreiten hat. V. Jene Eigenthümlichkeiten, wodurch sich ein fließendes Wasser dem gemeinen Begriff von Eigenthum und Benutzung entzieht, treten um so mächtiger hervor, je größer die fließende Wassermasse ist. Es ist daher bei der juristischen Behandlung auf diese factischen Unterschiede wesentlich Rücksicht zu nehmen.

Derselbe handelt im § 174 a. a. O. von den Bächen, die ihrer Natur nach einer stärkeren Einwirkung von Seiten desjenigen, durch dessen Boden sie fließen, unterliegen und daher mehr unter den Gesichtspunkt des Privateigenthums fallen, wiewohl diesem Gesichtspunkte noch immer der Umstand widerstrebt, daß der Bach ein aus einer beweglichen Wassermasse bestehendes, über die Gränze der einzelnen Grundstücke hinaus reichendes Ganze bildet, an welchem viele Grundeigenthümer betheiligt sind. Als Grundsätze werden hier aufgestellt:

I. Der Eigenthümer des Bodens darf den Bach nicht so benutzen, daß er Bach zu sein aufhöre. Er darf ihn daher zwar auf seinem Grundstück zur Wässerung vertheilen, muß ihm aber bei seinem Ausgang seinen natürlichen Lauf wiedergeben. II. Er darf dem durchfließenden Wasser keine Stoffe mittheilen, wodurch es für den unteren Eigenthümer unbrauchbar gemacht würde. III. Er darf an dem Wasserlauf keine Veränderungen und Stockungen vornehmen, wodurch dem oberen oder unteren Eigenthümer Nachtheil entsteht. IV. Wegen der Wichtigkeit dieser Conflicte ist die Staatsgewalt befugt, auch die Benutzung der Bäche durch Verordnungen zu regeln und diese im Verwaltungswege zu handhaben. Man hat daraus zuweilen fälschlich sogar ein Regal an Bächen gemacht.

Beseler, System des gem. deutsch. Privatrechts § 197 führt aus:

Die Lehre des römischen Rechts von der ausschließlichen Herrschaft der einzelnen Grundeigenthümer über die Privatgewässer (die strenge Eigenthumstheorie) sei von der älteren deutschen Jurisprudenz angenommen,*) entspreche aber nicht der deutschen Rechtsanschauung, nach welcher eine gewisse Gemeinschaft sämmtlicher Anlieger an der fließenden Wassermasse begründet sei, was dann die rücksichtslose Benutzung derselben durch die

*) Mevius, decis. IV. 39 Nota 4.

Digitized by Google

Einzelnen ausschließe.*) Dieses Princip sei freilich zu keiner so klaren und festen Ausbildung in dem gemeinen Gewohnheitsrechte gelangt, daß es unbedingt zur Anwendung gebracht werden könnte und die Norm für alle einschlagenden Rechtsverhältnisse enthielte; aber es sei doch vielfach in der Praxis anerkannt worden und spreche sich namentlich in der fast allgemein verbreiteten obrigkeitlichen Einwirkung auf die Ordnung der Angelegenheiten, welche die Privatgewässer betreffen, aus. Die neuere Jurisprudenz werde von dieser Ansicht der Rechtsgemeinschaft der Anlieger vollständig beherrscht und die Gesetzgebung habe es sich zur Aufgabe gestellt, das Princip fest zu bestimmen, es in seiner Consequenz durchzuführen und in besonderen Einrichtungen wirksam zu machen.

Die Benutzung des fließenden Wassers sei im Allgemeinen den Eigenthümern der Grundstücke, durch welche es fließt, überlassen. Sie dürften aber nach deutscher Rechtsanschauung diese Befugniß nicht einseitig und maßlos ausüben, sondern müßten auf die gleichen Ansprüche der übrigen Betheiligten an der gemeinsamen Wassermasse gebührende Rücksicht nehmen. Die neuere Gesetzgebung habe das Prinzip bestimmt formulirt und es besonders hinsichtlich der Benutzung des Wassers zur Bewässerung und als Triebkraft durchgeführt. Allgemeiner Grundsatz sei, daß durch Rückstau und Ueberschwemmung oder Versumpfung fremden Grundstücken kein Schaden zugefügt werden dürfe, und daß das abgeleitete Wasser in das Bett des Flusses zurückgeführt werden müsse, bevor derselbe ein fremdes Grundstück berühre.

Auch Gerber, System des deutschen Privatrechts § 61, spricht sich treffend dahin aus, daß man nur uneigentlicher Weise von einem Privateigenthum am Flusse reden könne, während in der That nur ein Eigenthum am Flußbette bei faktischer Verhinderung Anderer zur Benutzung der Wasserwelle vorliege.

Vergl. auch Zachariä von Lingenthal, Handb. des Franz. Civilrechts § 237 (5. Auflage).

3. Diese von den Rechtslehrern angenommenen Grundsätze haben sich auch in der Praxis Geltung verschafft. — Zum Belege mögen folgende Rechtssprüche dienen:

*) Auch Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum, 1. Abth. S. 130 f. kommt zu dem Resultate: „daß das deutsche Recht und die gemeine Praxis unbeirrt stets den Gesichtspunkt festhielt, daß jedes fließende Gewässer, auch das nicht öffentliche, als ein, durch Grundeigenthumsgrenzen für die Benutzung nicht reell getheiltes natürliches Ganzes anzusehen sei.“ In Uebereinstimmung hiermit sagt Kuntze in seiner Rezension über das gedachte Werk: „der Römer zog kurze und kalte Linien zwischen den Privatrechtssphären und selbst das Gewässer sollte bis auf einen gewissen Punkt in dieser Kälte erstarren; der Deutsche betont die öffentliche Bedeutung des Gewässers, deutet eine gewisse genossenschaftliche, auf billige Ausgleichung gehende Gruppirung der Adjacenten um das Gewässer an und überläßt die konkrete Feststellung der dadurch komplicirt werdenden Linien dem Takt der Interessenten und beziehungsweise unparteiischer Dritter (Richter).

Schletter, Jahrbücher B. 4 S. 200, 201.

Digitized by Google

a. **Erkenntniß des L. G. zu Wolfenbüttel vom 25. Februar 1834:**

Der Eigenthümer ist verpflichtet, bei den vorzunehmenden Dispositionen innerhalb der Grenzen seines Eigenthums sich zu halten, keineswegs aber befugt, diese überschreitend auf das Eigenthum des Andern direct einzuwirken,

L. 2 § 11 D. de aqua pluv. 39, 3

insofern er nicht die Berechtigung dazu durch speciellen Rechtstitel erlangt hat. Somit ist es dem Eigenthümer zwar unverwehrt, das Wasser, welches über sein Grundstück fließt, zurückzuhalten und es dem Besitzer des niedriger liegenden Grundstücks zu entziehen,

L. 1 § 11. 22. D. eod. 39, 3
L. 10 C. de serv. 3, 34

und auf seinem Boden die unterirdischen Wasserzüge und andere, die auf dem Grundstücke des Nachbars sich ergießen, abzugraben.

L. 1 § 12. L. 21 D. de aqua pl. 39, 3
L. 24 § 12. L. 26 D. de damn. inf.

dagegen darf er keine Veränderungen in dem natürlichen Ablaufe des Wassers zum positiven Nachtheile des Nachbars vornehmen. Es ist dem Eigenthümer des höher liegenden Grundstücks nicht gestattet, dem Nachbar das Wasser in einem Strome vereinigt zuzuschicken, corrivare aquam,

L. 1 § 1. 6. 10, 13. 22. L. 3 pr. D. de aqua pl.

und der Eigenthümer des niedriger liegenden Grundstücks hat nicht das Recht, dem natürlichen Zuflusse durch Anlagen, welche ein Zurückströmen verursachen, Hindernisse in den Weg zu legen, in superiorem partem repellere,

L. 1 § 1. 2. 6. 10. L. 2 § 1. 6 D. eod.

folglich ist der Eigenthümer des niedriger liegenden Grundstücks nicht befugt, eine Quelle, welche auf seinem Grundstücke zu Tage kommt, zu verstopfen oder zu verrammen und dadurch den natürlichen Abfluß hindernd, dem Wasser eine dem Nachbar schädliche Richtung zu geben und dasselbe in das nächste Grundstück gewaltsam zurückzutreiben.

L. 1 § 13 D. eod.

b. **Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden:**

Wenn auch ein Fluß ein bloßer Privatfluß ist, so steht dennoch den Besitzern der an ihn anstoßenden Grundstücke an jenem kein unbeschränktes Eigenthumsrecht zu. Die sämmtlichen angrenzenden Grundbesitzer haben präsumtiv gleiche Rechte an dem im Flusse enthaltenen Wasser, daher haben auch die Einzelnen solcher künstlichen Vorrichtungen, durch welche die Benutzung der Andern ganz oder wesentlich gestört wird, sich zu enthalten.

Günther Quaest. de jure aquarum Spec. IV.
Funke im Archiv für die civ. Praxis Bd. 12 Nr. XV.
v. Hartitzsch, Entscheid. pract. Rechtsfragen Nr. 185.

c. **Erkenntniß des O. A. G. zu Celle vom 15. Juni 1840:**

Es leidet keinen Zweifel, daß die Beklagten vermöge des bei gemeinschaftlichen Gewässern allen anliegenden Grundbesitzern zustehenden Mit-

Digitized by Google

benutzungsrechtes an und für sich befugt sind, den in Frage stehenden Bach zur Bewässerung ihrer Wiesen zu benutzen. Diese Benutzung stellt sich nur dann als unerlaubt dar, wenn dadurch entweder den unterliegenden Grundbesitzern das Wasser durch Ableitung entzogen, oder dasselbe den oberhalb liegenden Grundbesitzern, wie es rücksichtlich des Klägers der Fall sein soll, durch Zurückstauen wieder zugeführt wird (vergl. Seuffert, Archiv Bd. 7 Nr. 280). Diesemnach kann die Wiesenbewässerung von Seiten der Beklagten durch Stauung, mag diese, wie früher, durch Erdaufwürfe oder durch das vor einigen Jahren angelegte Schütt geschehen, nur dann den Kläger zu einer Klage auf Hinwegräumung des angelegten Schüttes berechtigen, wenn derselbe seinen Klagegrund dahin beweist:

daß und in welcher Maße die Wiesenbewässerung durch das angebrachte Schüttwerk ein Zurückstauen des Wassers für seine oberhalb belegenen Wiesen bewirkt...

Dagegen können die Beklagten nicht für verpflichtet angesehen werden, zu beweisen, daß durch das angelegte Schütt keine stärkere Strömung veranlaßt werde, als früher durch Erdaufwürfe, zumal die stärkere Stauung an sich nicht entscheidet.

Seuffert, Archiv B. 9 Nr. 259.

4. Mit diesen Grundsätzen hängt auch die Frage zusammen:

ob und in wiefern das Mitbenutzungsrecht eines Anliegers oder sein Widerspruchsrecht gegen eine diese Mitbenutzung oder sein Grundeigenthum beeinträchtigenden Anlage des Nachbars durch Verjährung ausgeschlossen werden könne.

Hierüber spricht sich ein Erkenntniß des Obertribunals zu Stuttgart vom 28. Juni 1849, durch welches die Klage mehrerer Wiesenbesitzer auf Ausschließung des Beklagten von der Benutzung des Wassers eines Baches zur Bewässerung seiner oberhalb der Grundstücke der Kläger gelegenen Wiese abgewiesen wurde, in folgender Art aus:

Das fragliche Privatgewässer befindet sich nicht im ausschließlichen Eigenthum der Kläger, sondern jedem Angrenzer steht ein gleichmäßiges, das Mitbenutzungsrecht der übrigen nicht beeinträchtigendes Gebrauchsrecht daran zu, sofern die Kläger nicht ein Ausschließungsrecht besonders erworben haben.

Ein solches Vorrecht begründet sich nicht dadurch, daß der Beklagte das Wasser früher, so lange sein Grundstück noch nicht als Wiese cultivirt war, nicht zur Bewässerung benutzte, da ein Recht, zu dessen Ausübung kein Anlaß vorliegt, durch Nichtgebrauch auch nicht verloren geht, und die Kläger durch die bloße Thatsache der alleinigen Benutzung des Wassers ein Ausschließungsrecht gegen den Beklagten nicht erworben haben.

Selbst wenn der Beklagte nach Anlegung der Wiese sie zu bewässern unterlassen hätte, läge darin noch kein Besitz eines ausschließlichen Rechtes der Kläger, da es an jedem Nachweise fehlt, daß der Beklagte in Folge eines von den Klägern geltend gemachten Verbietungsrechts die Bewässe-

Digitized by Google

rung unterlassen habe, überhaupt nicht erhellt, ob und warum dieselbe unterblieben sei.

Seuffert, Archiv B. 3 Nr. 149.

In Uebereinstimmung hiermit wird in einem Erkenntnisse des Ober-Tribunals zu Berlin vom 20. December 1858 der Satz angenommen:

Das Recht zur ausschließlichen Benutzung des Flußwassers zum Betriebe einer Mühle kann mittelst der Verjährung durch Benutzung des ganzen Wassers während rechtsverjährter Zeit für sich allein nicht erworben werden; vielmehr muß gegen den sonst zur Mitbenutzung des Wassers Berechtigten auch die Erwerbung eines Untersagungsrechts hinzukommen.

Striethorst, Archiv B. 31 S. 364 f.

Hierher gehört auch das Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 15. September 1856, welches die Frage behandelt:

In wie fern kann das Recht des Adjacenten eines Privatflusses, das vorüberfließende Wasser desselben nach Maßgabe des Gesetzes vom 28. Februar 1843 mit Hülfe von Stauungs-Anlagen zu benutzen, dadurch ausgeschlossen werden, daß ein anderer Grundeigenthümer in seinem Interesse diese Stauungs-Anlagen durch rechtsverjährte Zeit beseitigte?

Entscheid. B. 34 S. 89 f.

Endlich auch das Präjudiz Nr. 1723 vom Jahre 1846:

Die Vorschrift des § 99 Tit. 8 Th. I des Allg. Land-Rechts ist nicht für ein Verbotsgesetz zu achten, wodurch nach § 164 Tit. 9 a. a. O. die Verjährung ausgeschlossen wird.

Präj. Sammlung S. 25.

5. In Ansehung der Quellen und des daraus abfließenden Wassers (so weit es nicht in der Gestalt eines Baches Selbständigkeit gewinnt) enthält unser Landrecht keine besonderen Vorschriften.*)

Die Lehrer des gemeinen Rechts sprechen sich hierüber dahin aus:

Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatr. B. 2 S. 280 (4. Ausg.):

Jeder Eigenthümer benutzt die auf seinem Boden entspringende Quelle frei, wenn er die Quelle auffangen will. Hat der Eigenthümer der Quelle sie nicht zu seinem Vortheile gefaßt, so kommt es darauf an, ob die ablaufenden Quellen in einen Bach sich bildeten oder nicht. Im ersten Falle entscheiden die Grundsätze von der Benutzung der Bäche, im zweiten erwerben die unteren Nachbarn kein Recht auf die ausschließende Be-

*) Vergl. Funke im Archiv für die civil. Praxis B. 12 S. 287—297. Kori ebend. B. 18 S. 40—42. Sarwey im Württ. Arch. für Recht und Rechtsverwaltung I. 2 S. 256. I. 3 S. 434. Hesse, die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücks-Nachbarn 2c. S. 280 f.


Digitized by Google

nutzung der Quelle, müssen dieses vielmehr erst von dem Eigenthümer der Quelle erwerben, den Ablauf des Wassers aber müssen sie dulden.

Bluntschli, deutsches Privatr. § 75 S. 218 (2. Auflage):

Die Quellen, welche in eigenem Boden entspringen, sei es indem sie da ihre natürliche Ergießung suchen, sei es daß sie künstlich gegraben werden, sind zunächst im Eigenthum des Grundeigenthümers und werden als Theil des Bodens betrachtet.[1]) Aber der Zusammenhang des Gewässers im Boden und der natürliche Zug desselben zur Gemeinschaft äußert sogar da seine Wirkung. Hat einmal ein unterhalb wohnender Grundbesitzer das ihm zufließende Quellwasser durch Culturanstalten, z. B. zu einem Brunnen, Wasch-, Badehaus bestimmt und in erlaubter Weise sich das ablaufende Wasser angeeignet, so darf der Eigenthümer der oberhalb gelegenen Quelle durch spätere Vorkehrungen ihm das Wasser weder entziehen noch verderben. Er ist vielmehr genöthigt, seine Fassung und Nutzung der Quelle so einzurichten, daß der Fortgenuß der älteren Anstalt möglich bleibt, d. h. das für diese nöthige Wasser dem Ablauf zum unteren Nachbar zu überlassen.

Walter, System des gem. deutsch. Privatr. § 174:

Die auf einem Grundstücke entspringende Quelle ist ganz Privateigenthum des Herrn des Bodens, und er kann damit machen, was er will. Auch wenn er das Wasser zum Nachbar hat gelangen lassen, so darf er es demselben wieder entziehen, außer wenn dieser auf dessen Gebrauch eine Servitut oder durch unvordenkliche Zeit ein Recht erworben hat.[2])

Vergl. auch Zachariä von Lingenthal, Handbuch des Franz. Civilrechts § 236 (5. Auflage[3]).

---

1) Ulp. l. 11 pr. D. quod vi aut clam (43, 24): Portio . . agri videtur aqua viva . . .

2) Ulp. l. 8 D. de aqua et aqu. pl. a. (39. 3): In concedendo jure aquae ducendae non tantum eorum, in quorum loco aqua oritur, verum eorum etiam, ad quos ejus aquae usus pertinet, voluntas exquiritur, id est eorum, quibus servitus aquae debebatur. Nec immerito; cum enim minuatur jus eorum, consequens fit exquiri, an consentiant. Et generaliter, sive in jure loci, ubi aqua oritur, vel in ipsa aqua habeat quis jus, voluntatem ejus esse spectandam placet.

Ulp. l. 1 § 7 D. de aqua cott. (43, 20): Haec interdicta de aqua, item de fonte, ad eam aquam pertinere videntur, quae a capite ducitur, non aliunde; harum enim aquarum etiam servitus jure civili constitui potest.

l. 10 C. de serv. et aqua (3, 34): Si tibi servitutem aquae ducendae deberi . . . minime probetur, loco proprio facto opere, dominus fundi continere aquam, et facere, quo minus ager tuus irrigari possit, non prohibetur.

Pompon. l. 3 § 4 D. de aqua cott. (43, 20): Ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur.

3) Die betreffenden Vorschriften des Code civil sind:

art. 641. „Celui qui a une source dans son fonds, peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription.“

art. 643. „Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours lorsqu'il fournit aux habitans d'une commune, village ou hameau, l'eau

Digitized by Google

Diese Grundsätze finden sich auch in folgenden Rechtssprüchen anerkannt:

a. Erkenntniß des O. A. G. zu Celle vom 21. Oktober 1819.

Da das auf des Imploraten Grund und Boden entspringende und auf des Imploranten herabfließende Quellwasser von diesem seit langer Zeit zu einer Viehtränke und zur Bewässerung seiner Wiesen benutzt worden, das alte Herkommen aber hierunter Kraft besonderer gesetzlicher Vorschrift*) das Recht auf ungestörte Fortsetzung desselben vollkommen begründet, mithin eines weiteren Beweises des vom Imploranten behaupteten Rechts es überall nicht bedarf, so ist der Implorat mit seiner auf alleinige Benutzung des gedachten Quellwassers gerichteten Klage ab und zur Ruhe zu verweisen.

Hagemann, pract. Erört. B. 7 Nr. 65.

b. Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden vom 27. August 1845.

„Abgesehen von dem Wasser unterirdischer Quellen, welches nicht durch eigenen Trieb sich über die Erdoberfläche erhebt und fortdauernd abfließt, sondern nur durch mechanische Mittel über solche Oberfläche heraufgebracht werden muß, und dessen Eigenthum unzweifelhaft dem Herrn des Grund und Bodens zusteht, ist allerdings auch das Wasser derjenigen Quellen, welche auf der Erdoberfläche zu Tage ausgehen und einen Wasserlauf bilden, nach übereinstimmender Ansicht der Rechtsgelehrten so lange unläugbares und alleiniges Eigenthum des Grundbesitzers, als solches nicht dessen Grund und Boden verläßt.

Vergl. Funke, Beiträge zum Wasserrechte im Archiv f. civ. Praxis Bd. 15 S. 287 f. Kori, ebd. Bd. 18 S. 40.

Ob hingegen, wenn letzteres einmal, während eines langen Zeitraumes, fortgesetzt erfolgt ist, schon bloß hiedurch, ohne Hinzutritt besonderer contractlicher Verhältnisse oder solcher Thatsachen, welche zu Begründung einer Verjährung zu Gunsten des unterhalb liegenden Grundstücksbesitzers geeignet sind, ein Recht dieses nähern oder entfernteren Grundnachbars, welchem bisher der Wasserabfluß zugegangen, für begründet erachtet werden könne, auch ferner die Ueberlassung dieses Wassers von Seiten des Eigenthümers der Quelle zu verlangen und denselben zu dieser Ueberlassung rechtlich zu zwingen? — darüber haben sich die Ansichten verschiedentlich gestaltet. — Als Hauptgrundsatz ist wohl festzuhalten, daß der bloße ungeregelte nach der Beschaffenheit des Ortes, ohne bestimmtes Ufer und Bett erfolgte Abfluß eines Quellwassers keineswegs

qui leur est nécessaire; mais si les habitans n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts."

Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum Abth. I S. 133, 134 rühmt die Klarheit und praktische Brauchbarkeit dieser Bestimmungen.

*) l. 7 C. de serv. et aqua (3, 34): Si manifeste doceri possit, jus aquae ex vetere more atque observatione per certa loca profluentis utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere, Procurator noster, ne quid contra veterem formam atque solennem morem innovetur, providebit.

Digitized by Google

für geeignet zu achten, die Eigenthumsrechte des Quellenbesitzers, den unterhalb anliegenden Grundbesitzern gegenüber, zu verändern. Wenn jedoch lange Zeit hindurch das auf einem Privatgrundstücke entspringende Quellwasser in künstlich angelegten Canälen, oder wenigstens in einem bestimmten, durch die Gewalt des Wassers nach und nach gebildeten Graben zwischen Grundstücken fremder Besitzer hindurch geflossen und von diesen mehr oder weniger benützt worden, so ist alsdann anzunehmen, daß in der gleichförmigen Beachtung dieses Sachverhältnisses der Gesammtwille der Interessenten sich ausgesprochen habe, und daher nunmehr der Status quo selbst eine Rechtsnorm bilde, gegen welche vom Eigenthümer der Quelle zum Nachtheile der Adjacenten nicht gehandelt werden dürfe."

Seuffert, Archiv B. 2 Nr. 8.

c. Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 26. April 1855.

„Nach der von dem O. A. G. vielfach bereits beim Sprechen befolgten und festgehaltenen Ansicht ist das bloße, nach der Beschaffenheit des Ortes ohne bestimmtes Ufer und Bett erfolgende Abfließen eines Quellwassers, wenn es auch die Verjährungszeit hindurch stattgefunden haben sollte, noch nicht geeignet, die aus dem Eigenthumsrechte folgende Befugniß des Quellenbesitzers, mit seinem Quellwasser willkürlich zu gebahren, gegenüber den unterhalb liegenden Grundbesitzern abzuändern oder aufzuheben, sondern eine Beschränkung dieser Befugniß tritt nur dann ein, wenn das Wasser durch einen künstlich oder von der Natur gebildeten Graben oder Wasserbett während des Verjährungszeitraums gleichmäßig durch Grundstücke fremder Besitzer geflossen und von diesen mehr oder weniger benutzt worden ist u. s. w.

Seuffert, Archiv B. 10 Nr. 227.

d. Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 19. December 1851.

Der Appellationsrichter führt aus: Wenn die in Rede stehende Quelle so beschaffen sei, daß sie das Wasser durch Gräben, welche sich auf die klägerische Wiese erstrecken, ausströme, so müsse auch die Vorschrift des § 99 Tit. 8 Th. I A. L. R. zur Anwendung kommen. Es bestätige sich dieses auch durch das Gesetz vom 28. Februar 1843, welches (§ 1) die Quellen den Privatflüssen gleichstelle.

Mit Recht rügen die Imploranten eine Verletzung dieser Vorschriften, indem sie hervorheben, daß die im § 99 erwähnten Privatflüsse ein bestimmtes Bett voraussetzen.

Ein Privatfluß läßt sich ohne ein bestimmt abgegrenztes Bett nicht denken. Romagnosi sagt in seinem Wasserleitungsrecht, übersetzt von Niebuhr S. 5:

„Dreierlei kommt zusammen, um einen öffentlichen oder privaten Wasserlauf zu bilden: das Bett, die Ufer und das laufende Wasser."

An den beiden ersten Erfordernissen fehlt es im vorliegenden Falle. Die Quellpunkte befinden sich nach der Feststellung des Appellationsrichters auf benachbarten Wiesen, und deren Ausflüsse werden durch Flößgräben auf die Wiese des Klägers geleitet. Flößgräben vertreten nicht das Bett eines Privatflusses; sie bilden nicht einen Theil der Quelle, sind vielmehr eine

Digitized by Google

künstliche Vorrichtung, welche der Kläger zur Benutzung seiner Wiese gemacht hat.

Eine Quelle, welche sich nicht in einem bestimmten Bette über benachbarte Grundstücke erstreckt, welche mithin keinen bestimmt abgegrenzten Wasserlauf, keinen Bach oder Privatfluß bildet, kann der Eigenthümer des Grundes und Bodens benutzen, er kann sie fassen, er kann das Wasser ansammeln, um Fischteiche anzulegen, oder sonstige Zwecke damit zu erreichen.

s. Beitrag zur Lehre vom Wasserrechte von Boele im Arnsberger R. Archiv II S. 627 f.

Mittermaier, Grundsätze des deutsch. Privatr. B. 2 S. 280 (4. Aug.)
Eine Quelle, die sich nicht in einem bestimmt abgegrenzten Bette über benachbarte Grundstücke erstreckt, bildet keinen Privatfluß; sie ist wie jedes andere geschlossene Gewässer ein Eigenthum des Grundherrn (§ 176 Tit. 9 Th. I A. L. R.). Dieser kann, soweit nicht Andere ein Recht auf deren Benutzung erworben haben, dieselbe zu seinen Zwecken benutzen.......
(in Sachen des Kaufm. Mathias Stinnes wider den Kaufm. Christ. Flaßhoff S. 626; auch abgedruckt in Striethorst Archiv B. 4 S. 211 f.)

6. Wenden wir uns schließlich zur neueren Gesetzgebung über Privatflüsse, so haben wir vorzugsweise das Preußische Gesetz über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843 hervorzuheben. Es genügt jedoch, in dieser Hinsicht auf v. Rönne, Ergänz. und Erläut. des Allgem. Landrechts B. 1 S. 201 f., Scheele, das Preuß. Wasserrecht S. 35 ff. und Heydemann, Einleit. in das Syst. des Preuß. Civilrechts B. 1 S. 419, 424 f. zu verweisen.

Anlangend die übrigen deutschen Staaten,*) so werden in der oben gedachten Abhandlung Pözl's (Krit. Vierteljahresschrift I S. 27 f.) aufgeführt:

aus der Gesetzgebung

I. des Großherzogthums Hessen

1. das Wiesenculturgesetz vom 7. Oktober 1830, in dem man zum ersten Mal Zwangsrechte zu Gunsten der Wiesencultur einräumte;
2. das Gesetz, die Aufräumung und Unterhaltung der Bäche betr. vom 18. Februar 1853, worin beides in Ermangelung besonderer Privatübereinkunft als Gemeindepflicht erklärt wird;
3. das Gesetz, die Regulirung der Bäche betr. vom 19. Februar 1853, dessen Gegenstand aufs engste mit dem des vorigen zusammenhängt;
4. das Gesetz, die Errichtung und Beaufsichtigung der Triebwerke an Bächen betr. vom 20. Februar 1853, wonach sowohl die Anlegung neuer, als die Veränderung bestehender Triebwerke der Genehmigung der Verwaltungsbehörden unterliegt.

*) Das Oesterr. allgemeine bürg. Gesetzbuch enthält nur die Vorschrift § 854 „... Privatbäche, Canäle ...", die sich zwischen benachbarten Grundstücken befinden, werden für ein gemeinschaftliches Eigenthum angesehen. —"

Digitized by Google

II. des Kurfürstenthums Hessen

1. das Gesetz über die Beseitigung mehrerer der Verbesserung des Acker- und Wiesenbaues entgegenstehenden Hindernisse vom 28. Oktober 1834, nur fragmentarische Bestimmungen über einzelne Punkte enthaltend;
2. das Gesetz, die Ausführung von Entwässerungs-Anlagen mittelst unterirdischer Röhren (Drains) betr., das erste in Deutschland, welches sich ex professo und einläßlich mit dieser Methode der Entwässerung beschäftigt.

III. des Königreichs Hannover

Gesetz über Entwässerungen, Bewässerungen und Stauanlagen vom 22. August 1847, sowohl in der Anordnung als Gliederung des Stoffs als musterhaft zu bezeichnen.

IV. des Großherzogthums Baden

Gesetz vom 21. Februar 1851 über Bewässerungs- und Entwässerungsanlagen, welches, ohne auf die prinzipiellen Fragen über das Eigenthum und die Nutzungsrechte an Privatgewässern einzugehen, hauptsächlich die Bedingungen festsetzt, unter denen zu Gunsten jener Unternehmungen Zwang gegen Dritte oder gegen fremdes Eigenthum angewendet werden darf.

V. des Königreichs Bayern

Gesetz vom 28. Mai 1852 die Benutzung des Wassers betreffend, welches zunächst die allgemeinen wasserrechtlichen Grundsätze, unter Eintheilung der Gewässer in öffentliche und Privatgewässer, feststellt und die letzteren als im Privateigenthum der Anlieger stehend bezeichnet, welches jedoch bei Flüssen und Bächen ein mannigfach beschränktes ist (Art. 39*), demnächst aber in der dritten bis fünften Abtheilung die besonders wichtigen einzelnen Verhältnisse des Wasserrechts behandelt, nämlich „die Triftgewässer," d. i. jene Flüsse und Bäche, welche der Flößerei mit Bloch- und Scheitholz dienen, „die Triebwerke oder andere Stauvorrichtungen" und die „Zwangsrechte zur Beförderung der Wasserbenutzung."

VI. des Großherzogthums Sachsen-Weimar

Gesetz vom 16. Februar 1854 über den Schutz gegen fließende Gewässer und die Benutzung derselben, dem Bayerischen nachgebildet;

---

*) Art. 39: „Flüsse und Bäche, welche weder zur Schiffahrt noch zur Floßfahrt mit gebundenen Flößen dienen, werden mit Inbegriff des bestehenden Gefälls als Zubehör der Grundstücke betrachtet, zwischen welchen sie hindurch fließen, nach Maßgabe der Uferlänge eines jeden Grundstückes. Der Ufereigenthümer darf jedoch das Wasser nur mit Rücksicht auf die Rechte der übrigen Ufereigenthümer und der sonstigen Wasserberechtigten und unter den nachfolgenden Beschränkungen benutzen."

Art. 54: „Sofern nicht Localverordnungen, Herkommen, besondere Rechtstitel oder Verjährung eine Ausnahme begründen, ist jeder Ufereigenthümer berechtigt, das an seinem Grundstücke vorüberfließende Wasser zu jedem beliebigen Gebrauche zu benutzen, unter der Einschränkung: 1. daß kein einem Andern schädlicher Rückstau und keine Ueberschwemmung oder Versumpfung fremder Grundstücke verursacht werden darf; 2. daß dem Wasser der Abfluß in das ursprüngliche Bett des Flusses gegeben werden muß, bevor dieser das Ufer eines fremden Grundstückes berührt.

Digitized by Google

VII. des Königreichs Sachsen

Gesetz vom 15. August 1855 über die Berichtigung von Wasserläufen, von Ent- und Bewässerungs-Anlagen, nur fragmentarische Bestimmungen enthaltend, nicht aber positive Normen über die Principienfragen des Wasserrechts, insbesondere darüber, wer Eigenthümer des Wassers sei, ferner ob und welche Nutzungsrechte daran von Rechtswegen begründet seien.[1])

---

§ 100.

Paul. l. 2 § 4 D. de aquae pluv. a. (39, 3): Apud Atejum relatum est: eam fossam, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendat, cogendum esse vicinum purgare, sive extet fossae memoria, sive non extet, quod et ipse puto probandum.

„Hiernach ist es dem gemeinen Recht zufolge völlig außer Zweifel, daß bei künstlich angelegten Gräben und Kanälen dem Grundeigenthümer die Pflicht der Reinigung obliege."[2])

Motive des Plenarbeschlusses des Ob.-Trib. vom 9. April 1844. Entscheid. B. 10 S. 254, 255.

So wird auch in einem Erkenntnisse des L. G. zu Wolfenbüttel vom 29. April 1833 ausgesprochen:

Wenn zur Ableitung des Wassers ein Graben von Altersher vorhanden war, so vertritt die vetustas die Stelle der Auctorität der Obrigkeit und hindert die willkürliche Aenderung. Die Zerstörung eines solchen Grabens gehört daher in den Bereich der actio aquae pluviae arcendae, mittelst der die Herstellung des früheren Zustandes gefordert wird.

l. 1 § 22, 23, l. 2 pr. § 1 §§ 3—7, l. 26 D. h. t. (39, 3).

Mit der auf solchen Graben sich beziehenden Belastung geht das Grundstück auf die folgenden Besitzer über, welche dieselbe anerkennen müssen und nicht berechtigt sind, den Abfluß des Wassers aus dem Graben zu verhindern.

l. 28 § 1, 3 D. de acq. rer. dom. (41, 1), l. 23 § 2 D. de ser. pr. r. (8, 3), l. 2 § 10 h. t.

Matthiä, Controversen-Lexicon II S. 437.

---

1) Ein früherer Gesetzentwurf vom Jahre 1847, welcher eine neue Theorie des Wasserrechts durchzuführen suchte, aber dabei die Bedürfnisse des Lebens übersah und deshalb zurückgelegt wurde, beruhte auf dem ganz neuen Principe: das fließende Wasser an sich könne nicht Gegenstand des Eigenthums sein, daher sei die Disposition über den Lauf und die Benutzung desselben unter die Aufsicht und Leitung des Staates gestellt und jeder willkürlichen Gebarung entzogen. Nur das Wasser in Teichen, Cisternen, Brunnen und Hältern befinde sich im Privateigenthume. Es sei sonach ein Privatrecht an verliehenen Wassergerechtsamen nicht anzuerkennen; Geschäfte über Abtretung von Wasser seien an sich wirkungslos und erhielten nur Kraft durch eine neue Verleihung von Seiten des Staats.

2) Vergl. Elvers über das Recht des Wasserlaufs S. 125. Kori, über das Wasserrecht (im Archiv für die civ. Praxis B. 18 S. 52). Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum Abth. I S. 126, 127. Hesse, die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücks-Nachbarn S. 254 f.

Digitized by Google

Auf die Pflicht des Kanaleigenthümers zum Ersatze des durch Absickerung des Kanalwassers den benachbarten Grundbesitzern erwachsenen Schadens bezieht sich ein Erkenntniß des O. A. G. zu München, worin gesagt wird:

Der königliche Fiskus mochte auf seinem Grunde und Boden den Kanal bauen; er ist aber nicht befugt, das Wasser, welches den Kanal speiset, den nachbarlichen Grundstücken zu immittiren, es mag diese Immission eine absichtliche oder in Folge der Bauart aus der Bauführung sich ableitende Thatsache sein. Daraus, daß die Bauführung eine an sich sach- und kunstgemäße gewesen, folgt nicht, daß die Wahl der Mittel keine culpose gewesen. Daß dies der Fall ist, zeigt der Erfolg.

Schletter, Jahrbücher V S. 28.

Im Uebrigen ist zu verweisen auf Heydemann B. 1 S. 419 bis 421. Vergl. auch Scheele a. a. O. S. 12.

§ 101.

Paul. l. 2 § 2 D. de aqua (39, 3): Praeterea si in confinio fossa sit, neque purgari vicinus patiatur eam partem, quae tibi accedat, posse te magis agere aquae pluviae arcendae, Labeo ait.

Einschränkungen des Eigenthums zum Besten der Nachbarn in Ansehung der Vorfluth.

§ 102. 1. Dieser Paragraph spricht ein dem römischen Rechte entgegengesetztes Prinzip aus.

Ulp. l. 1 § 22 D. de aqua et aquae pl. a. (39, 3): . . . Labeo existimat . . semper hanc esse servitutem inferiorum praediorum, ut natura profluentem aquam excipiant. . . . § 23. Denique ait, conditionibus agrorum quasdam leges esse dictas: ut quibus agris magna sint flumina, liceat mihi scilicet in agro tuo aggeres vel fossas habere. Si tamen lex non sit agro dicta, agri naturam esse servandam et semper inferiorem superiori servire; at hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a superiore, compensareque debere cum alio commodo. Sicut enim omnis pinguitudo terrae ad eum decurrit, ita etiam aquae incommodum ad eum defluere. . . .

Idem l. 1 § 10 eod.: Jidem (Sabinus, Cassius) ajunt, si aqua naturaliter decurrat, aquae pluviae arcendae actionem cessare: quod si opere facto aqua . . in superiorem partem repellitur . . aquae pluviae arcendae actionem competere. § 13. Item sciendum est, hanc actionem vel superiori adversus inferiorem competere, ne aqua, quae natura fluat, opere facto inhibeat per suum agrum decurrere. . . .*)

*) Vergl. Paulus l. 2 pr. eod.: In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori servit: lex, natura loci, vetustas, quae semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa.

Die gesetzliche Nothwendigkeit, zufolge deren das niedriger gelegene Grundstück das von dem höher liegenden abfließende Wasser aufnehmen muß, wird

Digitized by Google

Donellus com. de jure civ. Lib. XI. cap. IX: ... Constituitur servitus praedii in alieno partim natura, partim externo facto. Quae natura constituatur, una est. Ea est, quam inferior fundus semper debet superiori, ut natura profluentem aquam excipiat, statu fundorum ita natura comparato, ut hoc incommodum naturaliter patiatur inferior a superiore. Quam servitutem ne inferior moleste ferat, sic res ad aequitatem ejusdem naturae revocatur, ut jubeatur inferior ager hoc incommodum compensare cum alio commodo. Nam et ad eum omnis piguitudo terrae decurrit per aquam, aequum igitur, ut et aquae incommodum ad eum defluat.

Mevii Decis. IX. 120: Naturaliter ea fundorum servitus dicitur, ut inferior serviat superiori, eique hoc consequens, ut natura profluentem aquam excipiant, ideo ob opus, quod arcebat, sublatum actio non sit ....

Gersterding: „Vom Wasserabfluß, welchen Jemand dulden muß;" in dessen „Beiträgen zum Wasserrecht" (Archiv für die civil. Praxis B. 3 S. 73 f.): Der Eigenthümer eines Grundstückes muß es sich gefallen lassen, daß das Wasser von dem höher liegenden Grundstücke seines Nachbarn auf sein niedriger liegendes abfließt; er kann so wenig verlangen, daß sein Nachbar den natürlichen Gang des Wassers hemme, daß er nicht einmal befugt ist, durch Anstalten auf seinem Grundstücke das Wasser zu hindern, auf sein Grundstück zu kommen und darüber abzufließen. Es ist dies eine s. g. natürliche Servitut, welche stets dem niedriger liegenden Grundstücke gegen das höher gelegene benachbarte obliegt. l. 1 § 10. 13. 23 D. de aqua et aqu. pl. a.

Kori: „Ueber das Wasserrecht" (ebendas. B. 18 S. 50 f.: Strömendes Regenwasser oder Schnee- und Thauwasser, so lange es sich nicht mit einem stets laufenden Wasser vereinigt hat, bildet sich von selbst seine Abflußcanäle nach der Tiefe, die entweder einen gewöhnlichen oder ungewöhnlichen Weg nehmen. Im erstern Falle ist die bei stets fließendem Wasser aufgestellte Regel: daß Niemand dessen natürlichen Lauf störe, analog anzuwenden.

Erkenntniß des L. G. zu Wolfenbüttel vom 25. Februar 1834:

... Der Eigenthümer des niedriger gelegenen Grundstückes hat nicht das Recht, dem natürlichen Zuflusse des Wassers durch Anlagen, welche ein Zurückströmen verursachen, Hindernisse in den Weg zu legen, in superiorem partem repellere. l. 1 § 1. 2. 6. 10 l. 2 § 6 D. de aqua et aqu. pl. a.

Matthiä, Controversen-Lexicon II S. 429.

Erkenntniß des O. A. G. zu Cassel vom 8. Januar 1855:

Nach gemeinem Recht ist das niedere Grundstück vermöge seiner natürlichen Lage (natura loci) verpflichtet, das von dem höher liegenden ab-

---

gewöhnlich als eine natürliche Servitut bezeichnet. Dieses servire ist aber nur etwas Servitutähnliches und nicht eigentlich als eine Servitut im juristischen Sinne zu verstehen, die mit possessorium und petitorium versehen wäre. s. **Brinz** in den Blättern für Rechtsanwendung von Seuffert und Glück B. 15 S. 202.

v. Holzschuher, Theorie und Casuistik B. 3 S. 173.

Digitized by Google

fließende Regen- und Quellwasser aufzunehmen. Dieser Grundsatz ist auch nicht auf fruchttragende Grundstücke zu beschränken, vielmehr jene Receptionsverbindlichkeit auch auf andere Grundstücke zu beziehen.

Hiernach steht der Umstand, daß es sich vorliegend von bäuerlichen Hofraithen handelt, der erhobenen Klage nicht ohne weiteres entgegen. Auch abgesehen von der Frage, ob solche nicht unter den weiteren Begriff des römischen „ager“ fallen, und daher die actio aquae pluviae arcendae auf sie volle Anwendung leide, so kann doch der natürliche Anspruch des Eigenthümers des höher liegenden Grundstücks gegen den Eigenthümer des niederen Grundstücks auf Aufnahme des natürlich abfließenden Wassers und daher auf Unterlassung aller störenden Anlagen jedenfalls mit der actio negatoria generalis geltend gemacht werden, und von diesem Gesichtspunkte stellte sich die angestellte Klage als rechtlich und factisch gehörig begründet dar ....

Seuffert, Archiv B. 10 Nr. 259.

Diesem durch die Natur gebotenen Prinzipe folgt auch der Code civil art. 640:

„Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué. — Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement ...“

Vergl. Zachariä von Lingenthal, Handbuch des Franz. Civilrechts B. 2 § 235 (5. Aufl.).

2. Jene den Grundsätzen des gemeinen Rechts zuwiderlaufende Vorschrift des § 102 gibt aber dem Grundeigenthümer nur immer das Recht, selbst die nöthigen Veranstaltungen zum Schutz seiner Grundstücke gegen das wild ablaufende Wasser zu treffen. Sie legt daher dem Besitzer des oberhalb liegenden Grundstückes keinerlei Verpflichtung zu dieser Abwendung des Wassers auf und stimmt wenigstens hierin mit dem römischen Rechte überein.

Ulp. L. 1 § 1 D. de aqua et aquae pluv. a. (39, 3): . . . Quod si natura aqua noceat, ea actione non continetur. § 10. Iidem (Sabinus, Cassius) ajunt: si aqua naturaliter decurrat, aquae pluviae arcendae actionem cessare . . .

Donell. com. de jure civ. Lib. XV cap. 48: . . . Naturaliter si ex nostro aqua defluat in vicinum, etsi vicino nocet, impune nocet, nec illi adversus nos ulla actio est ejus aquae arcendae causa. Factum enim suum quisque, non naturae praestare debet . . .

Hesse, über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücks-Nachbarn S. 185: „Das Regenwasser, welches vom Himmel fällt und ohne unser Zuthun von unserem Grundstücke auf das tiefer gelegene Grundstück des Nachbars abläuft, ist weder ein Erzeugniß unseres Grundstücks, noch ein Bestandtheil oder Zubehör unseres Grundstücks, und wir sind darum auch für seinen Ablauf und den Schaden, welcher dadurch dem Nachbar etwa

Digitized by Google

zugefügt wird, nicht verantwortlich . . . Das Regenwasser wird nicht, wie die aqua viva der Quelle oder des Brunnens, portio fundi genannt.

Nur erst dann können wir für den Schaden des ablaufenden Regenwassers verantwortlich werden, wenn wir durch unsere dazwischentretende Thätigkeit den natürlichen Lauf desselben zum Nachtheile eines Nachbars verändern oder hindern."

Erkenntniß des L. G. zu Wolfenbüttel vom 25. Februar 1834:

. . . . Kein Nachbar ist auf der andern Seite verpflichtet, besondere Vorrichtungen zur Ableitung des Wassers zu halten, wenn nicht ein besonderer Rechtstitel oder vetustas, welche die Stelle eines solchen vertritt, vorliegt. l. 1 § 22. 23 l. 2 pr. § 1. 3—7 l. 23 pr. l. 26 D. de aqua et aqu. pl. a.

Matthiä, Controversen-Lexicon II S. 429.

Erkenntniß des O. A. G. zu Zerbst von 1842:

Wenn der Abfluß des Regen- und Schneewassers, welchen die natürliche Lage der Grundstücke mit sich bringt, eine Beschädigung am Grundeigenthum des Nachbars verursacht, so kann doch dieser nicht verlangen, daß der Angrenzer, von dessen Grund und Boden das Wasser abfließt, den Schaden durch geeignete Anlagen abwende. Hierbei macht es keinen Unterschied, daß der Schaden durch den natürlichen Wasserabfluß nicht einem ager, sondern einem Gebäude zugeht. Insbesondere kann die actio negatoria dem Eigenthümer des Gebäudes nicht dazu dienen, den Nachbar zur Abwendung des beschädigenden natürlichen Wasserabflusses anzuhalten. Die Zulassung des natürlichen Wasserabflusses ist kein Eingriff in das Eigenthumsgebiet des Nachbars, keine Anmaßung einer Beschränkung seiner Eigenthumsrechte. Nur wenn der schädliche Wasserabfluß die Folge eines opus manu factum wäre, nur wenn ein wirkliches immittere stattfände, würde sich der hierdurch in seiner Eigenthumssphäre Angegriffene zu dem bezeichneten Zwecke der actio negatoria bedienen können.

Seuffert, Archiv B. 1 Nr. 318.

Nach diesen Grundsätzen ist auch die Frage: ob der Eigenthümer eines Grundstücks, welches keine die Ableitung des Wassers auf das nachbarliche Grundstück hervorbringende oder befördernde Veranstaltung getroffen hat, verbunden sei, zu verhindern, daß das auf seinem Grundstücke sich ansammelnde Trauf- und Regenwasser den Boden durchdringe und in das Nachbargrundstück einziehe, mit Recht durch das Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Berlin vom 7. Juli 1860 verneint worden.

Striethorst, Archiv B. 37 S. 322 f.

3. Auf der andern Seite darf aber, wie bereits am Schlusse der oben mitgetheilten Entscheidung des O. A. G. zu Zerbst bemerkt ist, der Besitzer des oberhalb liegenden Grundstückes nicht durch künstliche Veranstaltungen ein dem Nachbargrundstücke schädliches Zuströmen des Regenwassers veranlassen.

Digitized by Google

Ulp. l. 1 § 1 D. de aqua et aquae pl. a. (39, 3): Haec autem actio locum habet ... cum quis manu fecit, quo aliter flueret, quam natura soleret; si forte immittendo eam aut majorem fecerit, aut citatiorem, aut vehementiorem; aut si comprimendo redundare effecit .. § 13. Item sciendum est, hanc actionem competere ... inferiori adversus superiorem, ne aliter aquam mittat, quam fluere natura solet.

Id. l. 3 pr. eod.: ... si tamen aquam corrivet, vel si spurcam quis immittat, posse eum impediri plerisque placuit.

Gersterding a. a. O.: ... Veränderungen mit dem natürlichen Laufe des Wassers zum positiven Nachtheil des Nachbars vornehmen, zuschicken darf der Eigenthümer des höher liegenden Grundstückes dem niedriger liegenden das Wasser nicht, ebenso wenig, wie dieser es ihm zurückschicken darf; daher ist ihm nicht erlaubt das corrivare aquam ...

v. Hartitzsch, Entscheid. pract. Rechtsfragen Nr. 466: Dem Eigenthümer des höher liegenden Grundstücks ist nicht gestattet, solche Vorkehrungen auf seinem Grundstücke zu treffen, durch welches das auf selbigem vorhandene Wasser, anstatt daß es auf der ganzen Breite und in einer der Lage des Bodens naturgemäßen Weise abfließt, auf einem oder mehreren Punkten dergestalt herabfällt, daß dadurch das tiefer liegende Grundstück offenbaren Schaden leidet arg. l. 20 § 5 D. de serv. pr. u. (8, 2).

Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden: Die actio aquae pl. arc. geht überhaupt darauf, daß einem anliegenden Grundstücke durch das Regen- und Schneewasser nicht mehr, als die Gesetze bestimmen, Schaden zugefügt werden soll. Ob dieser Schaden durch Verhinderung des Abflusses des Wassers, mittelst Errichtung eines opus, oder durch bewirkte allzuheftige Ergießung desselben, erfolgt, mittelst Zerstörung oder Hinwegräumung von Vorrichtungen, die schon von Altersher bestanden haben — Aufwürfe oder Gräben — und durch welche der Lauf des Regenwassers eine gewisse Direktion erhalten hatte, macht keinen Unterschied. Sie geht also nicht bloß auf Destruirung eines errichteten, den natürlichen Wasserlauf aufhaltenden opus, sondern auch auf Wiederherstellung eines zum Vortheil des Klägers vorhanden gewesenen opus vetustum. Ob ein solches opus eine Erhöhung oder Vertiefung sei, macht hierbei nach l. 2 § 4 h. t. (39, 3) keinen Unterschied.

Seuffert, Archiv B. 1 Nr. 68.

Erkenntniß des O. A. G. zu Jena vom 28. Oktober 1854: Schon die bloße Anlage eines neuen Werkes, welches dem Nachbar in seinen Folgen schädlich zu werden droht, begründet für Letzteren, auch ehe der Schaden wirklich geschehen ist, die actio aquae pl. arc. alsdann, wenn dem Regenwasser durch die neue Anlage eine ungewöhnliche und für des Nachbars Grundstück nachtheilige Richtung gegeben wird (l. 1 § 1, 17, l. 24 § 2 h. t. (39, 3), Schneider in Linde's Zeitschrift B. 5 S. 336 f.); droht hingegen die nachtheilige Richtung des Regenwassers, welche durch eine neue unbefugte Anlage bewirkt wird, dem Gebäude des Nachbars, so steht diesem, analog der actio aquae pl. a. bei andern Grundstücken, die actio negatoria zu gleichem Zwecke, wie jene, zu (l. 1 § 17 eod.).

Vergl. auch Schelling, die Lehre von der unvordenklichen Zeit

Digitized by Google

(München 1835) S. 30 f. Plathner, Geist des Preuß. Privatrechts B. 1 S. 29, 30.

In Betreff der Frage, ob auch gewöhnliche, der Länge nach gezogene Ackerfurchen durch welche das Regenwasser dem tiefer liegenden Grundstücke zufließt, zu den verbotenen Anlagen zu rechnen seien, ist zu verweisen auf v. Holzschuher, Theorie und Casuistik B. 2 Abth. 1 S. 104, 105.*)

4. Auf einem hoch gelegenen Grundstücke hat in Folge starker Regengüsse das wild ablaufende Wasser ohne Zuthun des Eigenthümers sich einen Graben gebildet, in welchem es in starker Strömung auf das unterhalb liegende Grundstück fließt und letzterem dadurch Schaden bringt, der nicht entstehen würde, wenn das Wasser sich nicht in jenem Graben sammelte, sondern in einzelnen Strömungen abflösse.

Ist der Eigenthümer des unteren Grundstückes zu verlangen berechtigt, daß der Eigenthümer des oberen den erwähnten Graben zuwerfe und dadurch dem Regenwasser seinen gewöhnlichen Abfluß verschaffe?

Nach römischem Recht ist diese Frage unbedenklich zu verneinen, *weil* die actio aquae pluviae arcendae nur durch ein schädliches Handeln, niemals durch bloße Naturereignisse begründet wird.

Ulp. l. 1 § 14 D. h. t. (39, 3): Huic illud etiam applicandum, nunquam competere hanc actionem, quum ipsius loci natura nocet; nam, ut verius quis dixerit, non aqua, sed loci natura nocet.

§ 15. In summa puto ita demum aquae pluviae arcendae locum actionem habere, si aqua pluvia, vel quae pluvia crescit, noceat non naturaliter, sed opere facto . .

Nach dem Allgemeinen Landrechte hat der dem unterhalb liegenden Grundstücke gegen das höher gelegene rücksichtlich des schädlichen Wasserlaufes gewährte gesetzliche Schutz allerdings einen viel unbestimmteren Charakter und ist daher nicht in so gemessene Schranken gewiesen, wie die römische Klage. Man sieht sich jedoch vergebens

*) Vergl. Alfen. l. 24 pr. D. de aqua et aquae pl. a. (39, 3): Vicinus loci superioris pratum ita arabat, ut per sulcos itemque porcas (porcae sind die geradlinigen Erderhöhungen, welche die Wände der Furche bilden) aqua ad inferiorem veniret. Quaesitum est: an per arbitrum aquae pluviae arcendae possit cogi, ut in alteram partem araret, ne sulci in ejus agrum spectarent? Respondit: non posse eum facere, quominus agrum vicinus, quemadmodum vellet, araret. § 1. Sed si quos sulcos transversos aquarios faceret, per quos in ejus agrum aqua deflueret, hosce ut operiret per arbitrum aquae pluviae arcendae posse cogere.

Hesse, die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücks-Nachbarn ꝛc. S. 226 f.

Digitized by Google

nach einem allgemeinen Grundsatze um, aus welchem für den vorliegenden Fall die Verpflichtung des Grundeigenthümers sich herleiten ließe, einen durch ein Naturereigniß herbeigeführten, dem Nachbar nachtheiligen Zustand wiederabzustellen. Man wird ihn höchstens für verpflichtet erachten, dem Nachbar zu gestatten, den Graben selbst wieder zuzuwerfen: quia aequitas haec suggerit, etsi jure deficiamur. Und dahin geht auch die Entscheidung der römischen Juristen in gleichartigen Fällen:

Paul. l. 2 § 5 h. t.: Item Varus ait: aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae dejecit; per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait: si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat, vel reponi sinat. . . . . Quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est; haec aequitas suggerit, etsi jure deficiamur.

Idem. l. 2 § 6 h. t.: . . . Labeo contra Namusam probat; ait enim, naturam agri ipsam a se mutari posse, et ideo, cum per se natura agri fuerit mutata, aequo animo unumquemque ferre debere, sive melior, sive deterior ejus conditio facta sit. Id circo, et si terrae motu, aut tempestatis magnitudine soli causa mutata sit, neminem cogi posse, ut sinat in pristinam loci conditionem redigi. Sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus.

§ 7. Idem Labeo ait: si in agro tuo aquarum concursus locum excavarit, aquae pluviae arcendae actione agi non posse tecum a vicinis. Plane si fossa jure facta sit, aut cujus memoria non extet, agi tecum posse aquae pluviae arcendae, ut reficias.

5. So wenig der Besitzer des unterhalb liegenden Grundstückes nach der im § 102 aufgestellten Regel die Verpflichtung hat, das von dem oberen Grundstücke wild ablaufende Wasser aufzunehmen, so wenig hat er auch, in Ermangelung besonderer Rechtstitel, ein Recht auf den Zufluß dieses Wassers. Vielmehr ist jeder Grundbesitzer befugt, das von seinem Grundstücke wild ablaufende Wasser durch besondere Vorkehrungen dem unterhalb liegenden Grundstücke zu entziehen und für sich allein zu behalten.[1]) Der letztere Satz, für den sich nach Preußischem Recht der allgemeine im § 26 d. T.[2]) ausge-

---

1) Ohne Anführung von Gründen nimmt das Gegentheil an Bielitz, Commentar II S. 144.

2) „Jeder Gebrauch des Eigenthums ist erlaubt und rechtmäßig, durch welchen weder wohlerworbene Rechte eines Andern gekränkt, noch die in den Gesetzen des Staats vorgeschriebenen Schranken überschritten werden."

Digitized by Google

sprochene Grundsatz geltend machen läßt, ist auch im gemeinen Recht anerkannt.[1])

Ulp. l. 1 § 11 h. t. (39, 3): Jidem (Sabinus, Cassius) ajunt: aquam pluviam in suo retinere, vel superfluentem ex vicini in suum derivare, dum opus in alieno non fiat, omnibus jus esse — prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohiberi, nec quemquam hoc nomine teneri.

§ 21. Sicut autem opus factum, ut aqua pluvia mihi noceat, in hanc actionem venit, ita per contrarium quaeritur, an possit aquae pluviae arcendae agi, si vicinus opus fecerit, ne aqua, quae alioquin decurrens agro meo proderat, huic prosit? Ofilius igitur et Labeo putant, agi non posse, etiamsi intersit mea ad me aquam pervenire; hanc enim actionem locum habere, si aqua pluvia noceat, non si non prosit.

l. 10 C. de serv. et aqua (3, 34): ... loco proprio facto opere dominus fundi continere aquam, et facere, quo minus ager tuus irrigari possit, non prohibetur.[2])

Erkenntniß des O. A. G. zu Cassel vom 2. Mai 1840: Bei Grundstücken, welche an einem Abhange liegen, bringt es diese Lage mit sich, daß, was von dem auf das obere Grundstück fallenden Regenwasser nicht in den Boden dringt, auf das tiefer liegende abfließt. Aber der Eigenthümer des letzteren hat, abgesehen von besonderer Begründung, kein Recht darauf, daß der Abfluß fortdauere. Er kann dem Besitzer des oberen Grundstücks nicht verwehren, zur besseren Bewirthschaftung desselben den Abfluß des Regenwassers durch künstliche Anlagen zu mindern oder ganz zu verhindern. Daß der Zustand des ungehinderten Abfließens seit Menschengedenken existirt hat, ist zur Begründung eines Rechts auf dessen fernere Fortdauer nicht genügend. Es muß noch das weitere Merkmal vorliegen, daß der bisherige status quo die Eigenschaft eines juristischen Besitzstandes, den Charakter der Rechtsausübung hatte. Zur Annahme dieses Charakters ist es nicht für hinreichend zu halten, wenn das Wasser dem tiefer liegenden Grundstücke bei nasser Witterung durch einen Graben oder eine Furche zugeführt worden ist.

Seuffert, Archiv B. 1 Nr. 5.

Erkenntniß des O. A. G. zu Celle vom 27. August 1841: In der durch den Eigenthümer selbst vorgenommenen Entwässerung und dem zu solchem Zwecke dem Wasser gegebenen Abflusse kann lediglich ein Act der freien Willkür erblickt werden, welcher den eigenen Nutzen bezweckt und selbst dann einen die Dispositionsbefugnisse des Eigenthümers be-

---

1) Vergl. Donell. com. de jure civ. Lib. XV cap. 48.

Voet com. ad P. VIII 3. nr. 6: ... Et sane, si cuique liberum sit, venas aqueas subterraneas, quibus ad alterius agrum aqua delata ibidem erumpit, in suo fundo rescindere, quia jure suo sic utitur, quoties servitus in contrarium constituta non est, quidni eodem jure impediat quoque, ne supra faciem soli sui fluens aqua ad inferiores fundos labatur?

Hesse, die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn 2c. S. 220 f.

2) Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum Abth. I S. 125, 129.

Digitized by Google

schränkenden Besitz der Kläger nicht zu begründen vermag, wenn er auch weit über Menschengedenken hinaus bestanden haben sollte, dafern nicht ein anderes factum hinzutritt, aus welchem sich erkennen läßt, daß die Handlung des Eigenthümers nicht Folge freier Willkür, sondern einer gegen Dritte ihm obliegenden Verbindlichkeit gewesen.

Solchemnach würde nur eine qualificirte Verjährung die erhobene Klage zu begründen im Stande seyn.

Ebendas. B. 10 Nr. 261.

Erkenntniß des O. A. G. zu Celle vom 3. December 1856: Das gegen den Beklagten in Anspruch genommene ausschließliche Recht der Benutzung des in Frage stehenden Wasserlaufes konnte vom Kläger durch eine langjährige alleinige Ausübung dieses Rechts, ohne gleichzeitig die Mitbenutzung des Wasserlaufs den Besitzern der beklagtischen Stelle untersagt zu haben, nicht erworben werden. Daher ist die Klage, insoweit sie auf eine Ersitzung und Immemorialverjährung sich stützt, mit Recht aus dem Grunde, weil der Kläger prohibitive Handlungen gegen den Beklagten, bez. dessen Vorwirthe, nicht anzuführen vermocht, angebrachtermaßen zurückgewiesen.

Ebendas. B. 12 Nr. 246.

Erkenntniß des Ob. Trib. zu Berlin vom 25. November 1859: Ob der Eigenthümer den auf seinen Grundstücken sich sammelnden Gewässern ihren natürlichen Lauf lassen, oder sie auf diesem oder jenem Wege ableiten will, hängt lediglich von seiner Willkür ab. Bloß dadurch also, daß das fragliche Wasser in Folge der örtlichen Beschaffenheit der Wiese des Verklagten bisher dem Abflößungsgraben und durch diesen der Wiese des Klägers zugeströmt ist, kam Letzterer nicht in den Besitz des Rechts zu verlangen, daß der Wasserlauf in der bisherigen Weise vom Verklagten auch fernerhin belassen werde. Hierzu wäre vielmehr der Besitz eines Untersagungsrechts erforderlich gewesen.

Striethorst, Archiv B. 35 S. 311—314.

Vergl. auch Thilo, die Controversen des franz. Civilrechts S. 158.

6. Ob der Eigenthümer von der im § 102 d. T. ihm beigelegten Befugniß Gebrauch machen, oder den Uebertritt des Wassers geschehen lassen will, ist Sache der natürlichen Freiheit — res merae facultatis — der Besitzer des oberhalb liegenden Grundstückes kann daher daraus, daß der Besitzer des unterhalb liegenden bisher das überlaufende Wasser nicht abgewehrt hat, keinen Besitz herleiten, solchen vielmehr nur durch den Erwerb eines Untersagungsrechts erlangen.*)

Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 25. Oktober 1849 (Just.-Min.-Bl. 1854 S. 10) desgl. vom 31. Oktober 1856 (Striethorst Archiv B. 22 S. 272).

---

*) Vergl. Mevii Decis. VIII. 230: ... Minime prohibetur quisquam in suo ad prohibendam exundationem aliamque aquarum noxam aggerem construere. Ejus licentia omnilibet ex jure naturali et civili est, quomodo alias ex


Digitized by Google

§§ 103—117. 1. „Die §§ 103—105. 117 d. T. sind durch die §§ 11. 13. 14 des Gesetzes wegen des Wasserstaues bei Mühlen und Verschaffung von Vorfluth vom 15. November 1811 (Ges. Samml. S. 352 f.) theils wiedergegeben, theils modifizirt; anstatt der §§ 106 bis 109. 113—116 d. T. gilt schiedsrichterliche Bestimmung nach § 21—23 des Vorfluth-Gesetzes, und die §§ 110—112 gehören nicht mehr hierher."

Heydemann B. 1 S. 423.

Vergl. auch Scheele a. a. O. §§ 24—28.

2. Der Besitzer eines unterhalb liegenden Grundstückes hat dem Besitzer des höher gelegenen vertragsweise die Vorfluth gestattet.

Bleibt er an diesem Vertrag gebunden, wenn auch durch später eintretende Umstände ihm die weitere Ableitung des Wassers unmöglich geworden ist?

Diese Frage wird zu bejahen sein. Denn der § 104 bezieht sich nur auf die gesetzliche Verpflichtung zur Verstattung der Vorfluth. Ist diese Verbindlichkeit durch einen Vertrag begründet, so kommen die allgemeinen Grundsätze über die Erfüllung der Verträge zur Anwendung. Der Vertrag besteht daher, so lange die Aufnahme des Wassers dem Besitzer des unteren Grundstückes möglich ist, wenn auch die weitere Ableitung, die keinen Gegenstand jenes Vertrages ausmacht, unmöglich geworden sein sollte.

Vergl. § 374 Tit. 5 Th. I Allg. Land-Recht.

3. In Betreff der Räumung der Gräben bestimmt das Vorfluth-Gesetz vom 15. November 1811:

§ 10. „Wem die Unterhaltung eines Grabens oder Wasserabzuges obliegt, der kann zu dessen Auskrautung oder Räumung polizeilich angehalten werden, sobald aus der Vernachlässigung derselben, oder aus Mangel an der erforderlichen Tiefe Nachtheil für die Besitzer anderer Grundstücke oder nutzbarer Anlagen, oder auch für die Gesundheit der Anwohner entstehet. Die Bestimmung, wann und wie die Auskrautung oder Räumung bewirkt werden soll, gehört bloß zur Cognition der Polizeibehörden, und jeder Unterhaltungspflichtige muß sich derselben unbedingt unterwerfen." *)

---

eodem cuiquam facere liberum, quod commodum. Id quod merae facultatis est, nec per intermissionem longissimi temporis excluditur. Ex eo, quod non factum antea, quod licite fieri potest, nulla oritur praescriptio, nec rei non prohibitae ex novitate justa accusatio.

*) Vergl. Paulus l. 2 § 1 D. de aqua et aqu. a. (39, 3): Apud Labeonem proponitur fossa vetus esse agrorum siccandorum causa, nec memoriam exstare, quando facta esset; hanc inferior vicinus non purgabat; sic fiebat, ut ex restagnatione ejus aqua fundo nostro noceret. Dicit igitur Labeo:

Digitized by Google

„Ob ein Graben zu unterhalten und wem die Unterhaltung eines Grabens oder andern Wasserabzuges obliege, ist kein Gegenstand polizeilicher Anordnung; die der Polizeibehörde eingeräumte Befugniß beschränkt sich auf die Bestimmung, wann und wie die Räumung eines bestehenden Grabens zu bewirken sei, wobei die Unterhaltungspflicht selbst als anderweitig festgestellt betrachtet wird. Die Entscheidung der Frage, ob ein Graben in rechtsverbindlicher Weise bestehe, d. h. ob ein Interessent das Fortbestehen zu verlangen berechtigt sei, und wem in diesem Falle die Unterhaltungspflicht obliege, gehört zur Cognition der Gerichte." [1])

Scheele a. a. O. S. 111.

4. Ueber das s. g. Recht der Schaufelschlage spricht sich ein Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden vom Jahre 1845 dahin aus:

Schon nach römischem Rechte

Fr. 11 § 1 commun. praed. (8, 4)

steht jedem Besitzer einer Wasserleitung das Recht zu, alle diejenigen Handlungen auf den daranstoßenden Grundstücken vorzunehmen, ohne deren Ausübung die Instandhaltung und Wiederherstellung derselben unmöglich seyn würde, namentlich den in derselben sich anhäufenden Sand und Schmutz bei deren Reinigung auf die angränzenden Grundstücke zu werfen. Diese gesetzliche Bestimmung kömmt auch heutzutage zur Anwendung,

Klingner, Dorf- und Bauernrecht, Th. 4 S. 406

und ist insonderheit auf Wasser- und Mühlgraben zu beziehen, und wird hier die angeführte Befugniß unter den Worten „das Recht der Schaufelschlage" verstanden. Doch hat der Eigenthümer des Mühlgrabens so zu verfahren, wie die Ausübung seines Rechts an dem Mühlgraben am wenigsten der anliegenden Grundbesitzer Eigenthum belästigt; insbesondere ist auch darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Berechtigte nicht etwa im Stande ist, alle hinsichtlich des Mühlgrabens nöthigen Vorrichtungen ins Werk zu stellen, ohne das Eigenthum der Anlieger zu belästigen, oder dieß in dem fraglichen Maße zu thun, wenn er z. B. ein eigenes Grundstück an der gegenüberliegenden Seite des Mühlgrabens besitzt.[2])

Seuffert, Archiv B. 2 Nr. 145.

---

aquae pluviae arcendae cum inferiore agi posse, ut aut ipse purgaret, aut te pateretur in pristinum statum eam redigere.

§ 4. Apud Atejum vero relatum est, eam fossam, ex qua ad inferiorem fundum aqua descendat, cogendum esse vicinum purgare, sive exstet fossae memoria, sive non exstet, quod et ipse puto probandum.

1) Erkenntniß des Obertribunals vom 28. Januar 1857 Entscheid. B. 35 S. 180.

2) Mit Recht bemerkt Scheele a. a. O. S. 113 dazu: Gleiche Grundsätze nach Preuß. Recht anzunehmen, halte er für bedenklich. Der Grabenbesitzer werde sich in Ermangelung eines durch spezielle Rechtstitel erworbenen Rechts eine nothwendige Servitut bestellen lassen müssen.

Digitized by Google

Von Rainen und Pflugrechten.[1])

§§ 118, 119.

In Uebereinstimmung mit dem im § 118 aufgestellten Grundsatze nimmt auch die gemeinrechtliche Praxis eine rechtliche Vermuthung an, daß Feldraine sich im gemeinschaftlichen Eigenthum der Feldnachbarn befinden.

Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden in der Sächsischen Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung XIII. S. 277.

v. Holzschuher, Theorie und Casuistik B. 2 Abth. 1 S. 123 bemerkt hierüber näher:

Für die Gemeinschaftlichkeit der Raine spricht deren Entstehungsart, indem dieselben zunächst zur Wendung bestimmt sind, zu welchem Ende häufig verordnet ist, daß jeder Ackerbesitzer einen Schuh zum Rain liegen lassen müsse. Ist freilich der Rain über 2 Schuh breit, so wird dieser Entstehungsgrund bedenklich, s. Rohr, Haushaltungsrecht B. 2 S. 706, Hildebrand, Diss. de legitimo praediorum spatio § 20, P. Müller, Diss. de interstitio praediorum, Oettinger de jure limitum cap. 13 § 7. Ein solcher Rain wird dem anhängenden oberen Acker allein von oben bis unten auf die Ebene zugeeignet. Oettinger de jure et controv. limitum p. 335, 420.

Im Züricher Gesetzbuch § 577 wird dieses Recht an Pflugrainen als „Tretrecht" bezeichnet.

Von Winkeln.

§§ 120—122.

1. Hommel Rhaps. II obs. 301 nr. 9:

Impluvio simile compluvium, die Schlippe, quod duarum aedium interstitione commune putatur. Non ergo unum latus usque ad flumen pluviale in medio transcurrens uni, alterum vero alteri vicino proprium, sed totum spatium commune est, nec invito altero quicquam ibi aedificatur l. 14 D. de serv. pr. urb. l. 83 D. pro socio.

Festus compluvium ita describit: Est, inquit, quo de diversis tectis aqua pluvialis confluit in eundem locum. Adde Vitruvium lib. 6. cap. 3. Agit de his intervallis Gryphiander de Insulis cap. 1 nr. 42.[2])

Mevius com. in Jus Lub. P. III tit. XII art. 13 nr. 3, 4.

... In dubio (spatium inter duas vicinas aedes) utriusque vicini esse colligitur tanquam ex collatione vicinorum fundorum constitutum, nisi appareat quod ab uno saltem possideatur, qui illud ex suo vacuum reliquisse praesumitur. Possidet autem quousque stillicidium aut lapides

---

1) Die altrömische „Anwende" — actus et circumactus aratri — vergl. Rudorff in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. X Nr. 7.

2) Vergl. auch Voet com. ad P. VIII. 2. Nr. 18.

murumque suum protensum super eo habet, vide Caepolla in tract. de servit. praed. urb. cap. 75 nr. 3.

2. Ueber die Frage:

ob ein Miteigenthümer dem Andern den Düngertransport durch einen gemeinschaftlichen Gang bloß wegen des damit verbundenen üblen Geruchs verbieten dürfe,

sagt ein Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom 30. Mai 1843:

Es versteht sich wohl

1) im allgemeinen von selbst, daß ein Miteigenthümer einen gemeinschaftlichen Gang nicht bloß zum Gehen, sondern auch zum Transport von Sachen, namentlich mit dem Schiebkarren benützen dürfe. Dafür aber, daß dem Condominus der Gebrauch der gemeinschaftlichen Sache, welcher den andern Miteigenthümer an der Benützung überall nicht hindert, und demselben keinen reellen Nachtheil zufügt, aber doch mit Unannehmlichkeiten verbunden ist, verboten werden dürfe, fehlt es, namentlich in Bezug auf die aus einem bösen Geruche entstehende Unannehmlichkeit, an einer näheren gesetzlichen Bestimmung. Auch gibt die in

fr. 2 § 29 ne quid in loco publ. (43, 8)

enthaltene Vorschrift kein sicheres Argument an die Hand, weil einem Miteigenthümer mehr Recht an dem locus communis, als an einem locus publicus zusteht; und selbst darüber, was ein bloßer Nachbar sich in dieser Beziehung gegen den andern erlauben dürfe, ist die Ansicht der Rechtslehrer verschieden.

Spangenberg, im Archiv für civ. Pr. Bd. IX Abh. 13; Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen Th. 3 S. 407.

Die Frage muß aber

2) aus concreten Gründen unbedenklich verneint werden. Denn nach den obwaltenden Umständen ist nicht zu bezweifeln, daß der enge Gang zwischen den beiden Grundstücken mit dazu bestimmt war, den Mist aus dem Viehstalle abzuführen, und daß dies für einen der Zwecke angesehen werden muß, wofür dieser Gang vorhanden ist.

Da nun jedenfalls soviel theoretisch feststeht, daß man dem Miteigenthümer nicht wehren kann, die res communis zu dem Zweck zu gebrauchen, wofür sie mit bestimmt ist, und daß der andere sich die Unbequemlichkeit, die aus diesem Gebrauch derselben entsteht, allerdings gefallen lassen muß, so ist der Kläger nicht befugt, ungeachtet der für ihn entstehenden Unannehmlichkeit des bösen Geruches, den Beklagten an dem Gebrauche des gemeinschaftlichen Ganges zu hindern .....

Seuffert, Archiv B. 8 Nr. 345.

3. In dem Erkenntnisse des Ober-Trib. zu Berlin vom 14. November 1856*) ist die Untheilbarkeit eines solchen gemeinschaftlichen Zwischenraumes angenommen worden. Diese Ansicht, für welche schon

*) siehe B. I S. 259 f. dieser „Beiträge" und Entscheidungen des K. Ober-Tribunals B. 34 S. 142 f.

Digitized by Google

die Natur der Sache spricht, stimmt auch mit den Grundsätzen des gemeinen Rechts überein.

Voet com. ad P. X. 3 Nr. 5: ... ut tamen de re quadam singulari quandoque conventio sustineatur, ne unquam illa in communi dividundo judicium veniat, quoties scilicet apparet neque separatas rei communis partes sociis singulis utiles esse posse, neque sine notabili reliquorum sociorum dispendio rem totam uni posse adjudicari: quod accidit in vestibulo communi binarum aedium (cui simile, si non idem, medianum coenaculi, vel commune et promiscuum plurium cellarum iter l. 17 § 15 D. de aed. edict. l. 5 § 2 D. de his qui effud.) de quo placuit, arbitrum communi dividundo utrolibet invito dari non debere, quia, qui de vestibulo liceri cogitur, necesse habet interdum totarum aedium pretium facere, si alias aditum non habet l. 19 § 1 D. com. div. Idemque juris est in puteo communi, si solum ejus commune non sit, id est, si nulla fundi, sed putei solius communio sit l. 4 § 1 eod.

Auch die gemeinrechtliche Praxis läßt in Fällen der gedachten Art die einseitige Auflösung der Gemeinschaft nicht zu.

Seuffert und Glück, Blätter für Rechtsanw. B. 5 S. 108: Es gibt Fälle wo die Theilungsklage ganz versagt werden muß, z. B. nach l. 19 § 1 D. 10, 3, wenn zwei Gebäude eine gemeinschaftliche Vorhalle zum Eingang haben; denn außerdem würde ja der eine oder der andere Theilhaber, wenn er sich keinen andern Eingang verschaffen kann, genöthigt sein, auf das ganze Nachbarhaus zu bieten. So kann auch ein Zwangsrecht zur Theilung eines zwischen zwei Hofbesitzern gemeinschaftlichen Hofraumes alsdann nicht behauptet werden, wenn dieser Hofraum die Bestimmung einer nothwendigen Ein- und Ausfuhr hat, welche im getheilten Zustande nicht mehr realisirt werden könnte. Wenn zu einem Nothweg ein Eigenthümer sogar sein Alleineigenthum hergeben muß, so kann er um so weniger das bloße Miteigenthum demselben entziehen.

Erkenntniß des Ob. Trib. zu Stuttgart: Die Theilungsklage ist unstatthaft bei einem, von Mehreren mit abgetheilten Wohngelassen und gemeinschaftlichen Eingängen, Hausgängen u. s. w. besessenem Hause. (Sarwey, Monatsschrift für Justizverw. in Württemberg B. 19 S. 211).

4. Ueber die Frage:

ob die Vorschrift der §§ 120, 121 nur auf solche Zwischenräume anwendbar sei, welche die bei Neubauten nach § 139 d. T. freizulassende Raumbreite nicht übersteigen,

wird in einem Erkenntnisse des Ob.-Trib. zu Berlin vom 16. Januar 1855 (in Sachen der Eheleute Friedrich wider Glück) gesagt:

Die Annahme des Appellationsrichters, daß die Vorschriften der §§ 120, 121 Tit. 8 Th. I A. L. R. hier aus dem Grunde ganz unberücksichtigt bleiben müßten, weil dieselben sich nur auf solche Winkel oder Zwischenräume bezögen, die nur 3 Fuß oder weniger breit seien, ist nicht richtig. Die erwähnten Gesetze enthalten eine derartige Beschränkung nicht, und

Digitized by Google

es ist auch keine genügende Veranlassung zu der Annahme vorhanden, daß eine solche Beschränkung beabsichtigt worden sei.

Der hier in Rede stehende Raum ist von so geringem Umfange, namentlich auch die Entfernung der anstoßenden beiderseitigen Häuser von einander so unbedeutend, daß derselbe als ein Zwischenraum im Sinne des § 120 angesehen werden muß.

Von Erkern, Altanen rc.

§ 123. 1.

Ulp. l. 5 § 10 D. de oper. nov. nunt. (39, 1): Meminisse autem oportebit, quoties quis in nostro aedificare, vel in nostrum immittere vel projicere vult, melius esse, eum per Praetorem, vel per manum, id est lapilli jactum prohibere, quam operis novi nuntiatione ....

Id. l. 29 § 1 D. ad L. Aquil. (9, 2): Si protectum meum, quod supra domum tuam nullo jure habebam, recidisses, posse me tecum damni injuria agere, Proculus scribit; debuisse enim mecum, jus mihi non esse protectum habere, agere, nec esse aequum, damnum me pati, recisis a te meis tignis ....[1])

Mevius, com. in Jus Lub. P. III. tit. XII art. 13 nr. 15, 16: ... De jure communi .. super alienum solum aliquid projicere non licet, si servitus non constituatur ... Talia sunt projecta quae haberi solent ante aedes, ea quatenus attingunt alienum solum, cum servitus projiciendi a vicino non debetur, eo invito habere non licet, sed demolienda sunt ... Idem de porticis domui affigi solitis dicendum est, nec non de frunitis quae ante fenestras securitatis causa foras extendi solent.

2. Unter die Vorschrift des § 123 fällt auch das Ausweichen einer Wand über die Eigenthumsgränze hinaus, welche jedoch nach röm. Recht der Nachbar dulden muß, sofern sie unter einem halben Fuß beträgt.[2])

Alfen. l. 17 pr. D. si serv. vind. (8, 5): Si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportet: jus non esse, illum parietem ita projectum in suum esse invito se.[3])

v. Hartitzsch, Entsch. pract. Rechtsfragen Nr. 281: Aus l. 17 pr. D. si serv. vind. geht unzweifelhaft hervor, daß der Kläger ohne Rücksicht auf den minderen oder bedeutenderen Aufwand, welchen er dem Beklagten durch die verlangte Beseitigung des Vorsprungs verursacht, die Herstellung der Mauer, und zwar in senkrechter Linie verlangen kann, sobald das Hervorstehen derselben wenigstens einen halben Fuß beträgt; denn wenn

---

1) Ueber den Unterschied zwischen tigni immissio und projectio oder protectio ist zu vergleichen Voet com. ad P. VIII. 2 nr. 4.

2) Diese Singularität wird jedoch in Zweifel gestellt von Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum Abth. I S. 138, 139.

3) Eine von der gemeinen Meinung abweichende Erklärung dieser Stelle gibt Emmerich in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proz. N. F. XVIII S. 127 f.

Digitized by Google

auch die Klage bei einer Senkung unter dieser Breite unstatthaft sein würde, so braucht doch der Kläger bei vorhandenem begründetem Klagerecht mit einer unvollständigen Herstellung sich nicht zu begnügen.[1])

3. Das dem § 123 zum Grunde liegende Prinzip wird häufig so ausgedrückt: „der Grundeigenthümer beherrscht auch die Luftsäule über seinem Grunde und Boden, so weit dies nach der Natur der Sache möglich ist.“ [2])

Unger, System des österr. allg. Privatr. B. 1 (Leipzig 1856) S. 363 Note 4, spricht sich hierüber dahin aus:

> Der in senkrechter Linie über dem Grundstück befindliche Luftraum (welcher von der momentan darin befindlichen Luft wohl zu unterscheiden ist (vergl. Kierulff I S. 312), omne supra id coelum gehört in dem Sinn dem Eigenthümer des Grundstückes, daß Niemand ohne ein besonderes Recht hierzu erworben zu haben, einen Theil seines Gebäudes, z. B. seinen Erker in diese Luftregion hineinragen lassen darf. Man pflegt dies häufig dahin auszudrücken, der Luftraum, die Luftsäule werde als Zubehör des Grundstücks angesehen, so z. B. noch Mühlenbruch und Schilling (II. § 55), Heimbach im R. L. IX S. 467 und ebenso das österr. Gesetzbuch, welches mitten in der Lehre von den Pertinenzen (§ 297 [3]) vom Luftraume über dem Grundstück handelt; der Ausdruck Zubehör wird hierbei aber in jenem vulgären unjuristischen Sinn genommen, in welchem er besser ganz vermieden wird.

Von Bäumen an den Häusern.

§ 124.

Ulp. l. 1 § 2 D. de arb. caed. (43, 27): Si arbor aedibus alienis impendeat, utrum totam arborem jubeat Praetor adimi, an vero id solum, quod superexcurrit, quaeritur. Et Rutilius ait: a stirpe excidendam, idque plerisque videtur verius; et nisi adimat dominus arborem, Labeo ait, permitti ei, cui arbor officeret, ut, si vellet, succideret eam, lignaque tolleret. § 3. Arboris appellatione etiam vites continentur.

Wachtgerichtsordnung (bei Walch Beitr. 8, 216): Item so jemand in dem seinen Paum, Stauden, oder Weingeländer von neuem setzen lassen

---

1) So bemerkt auch Pagenstecher a. a. O. S. 139: „Statuirt man die Singularität, so muß bei Ausbauchungen über einen halben Fuß das Einziehen der Wand jedenfalls nicht bloß bis zu einem halben Fuß Ausweichung geschehen. Ebenso falsch ist, wenn man die Worte genau nimmt, Sell's Auffassung, wie sie schon Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschr. I S. 40 gerügt hat: „„Der Nachbar müsse sich gefallen lassen, wenn Jemand eine in dessen Luftraume unter einem halben Fuß hervorragende Mauer baue.““ Nicht vom Bauen, sondern vom späteren, kasuellen ventrem facere des Gebauten ist die Rede.“

2) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts II § 217. Vergl. Gesterding, Ausbeute von Nachforsch. B. 3 S. 447 f. Nr. 9.

3) § 297. „Ebenso gehören zu den unbeweglichen Sachen . . . Häuser und andere Gebäude mit dem in senkrechter Linie darüber befindlichen Luftraume.“

Digitized by Google

wolte, der mag solches aber doch nicht mehr, dann uffs wenigste 3 Werckschuh weit von seines Nachparn Mauern oder Wandt thun.

Monzinger Gerichtsb. (bei Senckenberg C. J. G. T. I P. II p. 56): soll auch keiner Baum setzen in sein Güter, es sey wo es wolle, bey drey viertel der meßruthen von andern, damit sein Nachbahr neben ihme nit zu klag verursacht werde.

Kraut, Grundriß § 133 Nr. 6, 7.

Von Schweinställen, Kloaken rc.

§§ 125—127. 1. Gemeinrechtlich findet in Betreff der hier gedachten Anlagen keine weitere Beschränkung statt als das Verbot der immissio schädlicher Flüssigkeiten in das Nachbargrundstück. (Es kommt also nur die concrete Schädlichkeit der Anlage in Betracht.)

Alfen. l. 17 § 2 D. si serv. vind. (8, 5): Secundum cujus parietem vicinus sterquilinum fecerat, ex quo paries madescebat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterquilinum tolleret? Respondi: si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute agere oportere; sed si damni infecti stipulatus esset, posse per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare.*)

Carpzov. Opus Decis. dec. 108: Accidit, ut aedificanti latrinam in pariete suo vicinus contradiceret, damnum tam ex ingrato aspectu, quam malo odore horto suo illatum urgens, cui tamen alter reponebat, latrinam in proprio pariete constructam jure sustineri, ex quo cloaca intermedia nil quidquam horto vicini inferretur, facultate ei relicta, ut si vel aspectum vel foetorem aversaretur, alio constructo pariete illum averteret. Quaesitum hinc fuit: num fas sit vicino aedificium id prohibere? . . . Sed tanti haec non fuerunt, ut Scabini Lipsienses contra aedificantem pronunciandum existimavissent; cui non minimum suppeditavit praesidium illud vulgatum, quod in re propria cuilibet suae utilitati, etiam cum alterius incommoditate, inservire liceat, nisi per hoc praejudicetur servituti. Quae tamen nulla aedificanti poterat opponi, ut hinc jure suo latrinam in proprio pariete aedificasse videretur . . . .

Erkenntniß des O. A. G. zu Darmstadt vom 13. Mai 1843: Heut zu Tage kann in der Regel Jeder auf seinem Eigenthum, ohne eine gewisse Entfernung von dem nachbarlichen Gebäude und Boden einzuhalten, bauen, insbesondere eine Cloake, einen Abtritt, eine Düngergrube anlegen, wenn nur dem Nachbar hierdurch kein Schaden zugefügt wird oder zugefügt werden kann.

Seuffert, Archiv B. 7 Nr. 281.

Dagegen finden sich beschränkende Vorschriften, wie sie unser Landrecht aufstellt, schon in den germanischen Rechten des Mittelalters.

---

*) Rücksichtlich dieser Stelle ist zu vergleichen: Hesse, Ueber die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücks-Nachbarn S. 113 f.

Glück, Commentar B. 10 S. 136, 137: Im Sachsenspiegel II. 51 § 1 heißt es:

„Oefen, Gänge oder Schleusen (cloacae) und Schweinkoben sollen drei Fuß vom Zaun stehen"

und im Sächsischen Weichbild Art. 122:

„Backöfen, Heimlichkeiten und Schweinkoben sollen drei Fuß von dem Zaune stehen."

Daß dieses Recht auch heut zu Tage in den Provinzen Deutschlands gelte, wo das Sächsische Recht sich im Gebrauch erhalten hat, bezeugen Carpzov Decis. 108 und Berger Oec. jur. II 3 th. 15 Not. 1..... So viel erhellt, daß man in Ermangelung bestimmter Gesetze wenigstens immer so weit mit der Mistgrube von des Nachbars Wand entfernt bleiben muß, daß derselben daraus kein Schaden entsteht. Vergl. Stryk Tr. de jure sensuum Diss. V cap. 3 Nr. 19. Huber Prael. VIII, 2 § 12.*)

Walter, System des gem. deutsch. Privatrechts: Anlagen, die dem Nachbar durch Feuchtigkeit oder auf andere Weise Schaden drohen, dürfen nur in einer gewissen Entfernung von dessen Eigenthum angebracht werden.

Sachsenspiegel II. 51 § 1. Statutenbuch von 1572 Fol. 130b. 132.

Aber auch dann noch bleibt man nach allgemeinen Grundsätzen für den Schaden verantwortlich, der dadurch dem Nachbar entsteht.

Vergl. auch Leyser medit. ad Pand. spec. 107 m. 6.

2. Die Klage auf Beseitigung einer den Vorschriften der §§ 125 f. nicht entsprechenden Anlage kann immer nur gegen den zeitigen Eigenthümer des Nachbargrundstückes gerichtet werden. Nach diesem Grundsatze ist folgender Rechtsfall entschieden worden:

Der Verklagte hat unmittelbar hinter seinem Wohnhause an der Grenze des Hofraums des Klägers eine Düngerstätte angelegt. Der Kläger hält sich hierdurch in seinem Eigenthum beeinträchtigt und hat klagend dahin angetragen:

den Verklagten schuldig zu erkennen, die bezeichnete Düngerstätte von dem Hause bis auf die gesetzliche Entfernung von drei Werkschuhen zurückzuziehen.

In erster Instanz dem Klageantrage gemäß verurtheilt, erhob der Verklagte in zweiter Instanz den Einwand der mangelnden Passivlegitimation, indem er sich auf die aktenmäßige Thatsache berief, daß er bereits mehrere Jahre vor Anstellung dieses Prozesses sein Haus verkauft und der Käufer dessen Eintragung im Hypothekenbuche auf seinen Namen erwirkt habe. — Dieser Einwand ist auch durch das Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 28. April 1856 für begründet erklärt und demzufolge der Kläger mit seinem Antrage abgewiesen worden.

*) Vergl. auch die Vorschrift des Lübischen Rechts Th. III Tit. XII Art. 10: „Privet und Heimlichkeiten sollen den Kirchhöfen und Straßen näher nicht dann auff fünff, und seinem Nachbaren auff drey Fuß gebauet werden."
Mevius, com. in Jus Lub. l. c. nr. 5 bemerkt zu dem letzteren Satze: Idque non modo ita accipiendum est, ut ab aedibus, quas inhabitant, tanto spatio distent, sed ab omni solo ejus, sive stabulum ibi exstructum sit, sive hortus, sive nuda area.

Digitized by Google

Die Klage war nicht etwa nur dahin gerichtet, daß, weil der Verklagte unmittelbar an der Grenze des klägerischen Hofraums und an dem Hause des Klägers Dünger gelagert hat, er solchen wegschaffen solle. Dieselbe behauptete vielmehr ausdrücklich, der Verklagte habe eine an das Haus des Klägers stoßende Miststätte angelegt, und enthält bezüglich dieser Miststätte den auf § 125 Tit. 8 Th. I A. L. R. gestützten (oben angegebenen) Antrag. Die Klage, welche den Verklagten übrigens auch als den Eigenthümer des Grundstückes, auf dem die fragliche Anlage gemacht ist, darstellt, ist sonach ohne Zweifel als eine Realklage*) anzusehen, die nur gegen den Eigenthümer jenes Grundstückes angestellt werden konnte. Verklagter hatte aber das betreffende Grundstück schon vor mindestens 5 bis 6 Jahren verkauft. War derselbe sonach zur Zeit der Anstellung der Klage nicht mehr Eigenthümer des betreffenden Grundstückes, so ermangelt ihm die Passivlegitimation. (Schreiner Philipp Cordes in Werl wider Zimmermann Fr. Plugmacher daselbst. C. 180.)

3. Einer auf die Vorschrift des § 125 gestützten Klage steht der Umstand für sich allein nicht entgegen, daß zu der Zeit, als die Parteien ihre an einander stoßenden Besitzungen erwarben, die fragliche Anlage bereits vorhanden war.

Dieser Grundsatz ist in einem Erkenntnisse des Appellationsgerichts zu Hamm vom 9. November 1854 zur Geltung gekommen:

Es steht fest, daß die Realitäten beider Theile früher in einer Hand gewesen und in nothwendiger Subhastation vereinzelt von den Parteien erworben sind. Da nun ferner nicht behauptet ist, daß bei diesem Kaufe dem einen Grundstücke besondere Gerechtsame in Bezug auf das andere ausbedungen, so ist anzunehmen, daß die fraglichen Realiäten mit den ihnen zustehenden Rechten und Gerechtigkeiten verkauft und übertragen sind. Zu diesen gehört auch die Befugniß des Klägers, auf Grund der Bestimmung des § 125 Tit. 8 Th. I A. L. R. zu verlangen, daß die Düngergrube der Verklagten wenigstens drei Fuß rheinländisch von seinem Gebäude entfernt bleibe. Die Verklagten sind zwar der Ansicht, daß der faktische Zustand zur Zeit des Zuschlages maaßgebend sein müßte, jedoch mit Unrecht; denn wenn auch damals wirklich die Düngergrube in der gegenwärtigen Tiefe bis an das Gebäude, welches der Kläger erworben, reichte, so folgt daraus um so weniger, daß dies in Folge eines zu dieser Anlage erworbenen Rechts geschehen, weil die Besitzungen in einer Hand waren. Die Verklagten hätten demnach zur Beseitigung der dem Anspruche des Klägers zur Seite stehenden Vorschrift des § 125 nachweisen müssen, entweder daß sie das Haus mit der Gerechtsame, die Düngergrube in der von ihnen beanspruchten Art und Weise bis an das Gebäude des Klägers auszudehnen, erworben hätten, beziehungsweise daß dem Kläger oder dessen Vorbesitzer unter dieser Beschränkung seine Besitzung zugeschlagen worden, oder daß dies Recht ihrer Besitzung bereits früher zugestanden habe und dadurch, daß die beiden Grundstücke von Neuem in verschiedene Hände übergegangen, wieder in Kraft

---

*) Vergl. auch das Erkenntniß des Ober-Trib. vom 17. Juli 1860, Striethorst Archiv B. 38 S. 202 f.

Digitized by Google

getreten sei. In keiner dieser Beziehungen ist der Beweis angetreten, und da ferner seit dem Zuschlage die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen, so erscheint der Antrag des Klägers allerdings gerechtfertigt (Floer wider Eheleute Kortmann F. 238).

In Betreff der übrigen, durch diese Paragraphen hervorgerufenen und durch die Praxis unseres höchsten Gerichtshofes erledigten Streitfragen ist auf die gedrängte Zusammenstellung Heydemann's a. a. O. B. 1 S. 431—434 zu verweisen.*)

Von Rinnen und Canälen.

§ 128. Vergl. Heydemann S. 434.

Von Brunnen.

§ 129. Siehe das oben S. 119—121 mitgetheilte Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden vom 11. Mai 1844.

---

§ 130.

Ulp. l. 24 § 12 D. de damn. inf. (39, 2): ... in domo mea puteum aperio, quo aperto venae putei praecisae sunt, an tenear? Ait Trebatius: non teneri me damni infecti; neque enim existimari, operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua jure meo usus sim...

Pompon. l. 21 D. de aqua et aqu. pl. a. (39, 3): Si in meo fundo aqua erumpat, quae ex tuo fundo venas habeat, si eas venas incideris, et ob id desierit ad me aqua pervenire, tu non videris vim fecisse, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit, nec interdicto quod vi aut clam teneris.

Die Anwendbarkeit des im § 130 aufgestellten Grundsatzes wird jedoch ausgeschlossen, wenn die Abgrabung des Wassers nicht in der Absicht, zum eigenen Vortheile von seinem Eigenthumsrechte Gebrauch zu machen, sondern lediglich zu dem Zwecke erfolgt ist, um dem Nachbar einen Schaden zuzufügen.

Ulp. l. 1 § 12 D. de aqua et aquae pl. a. (39, 3): Denique Marcellus scribit: cum eo, qui in suo fundo fodiens vicini fontem averterit,

---

*) Im Oesterreichischen bürgerl. Gesetzbuche findet sich keine hier einschlagende Bestimmung.

Der Code civil schreibt dagegen vor:

art. 674. „Celui qui fait creuser . . une fosse d'aisance près d'un mur mitoyen ou non . . est obligé à laisser la distance prescrite par les règlemens et usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes règlemens et usages, pour éviter de nuire au voisin.

Vergl. Zachariä von Lingenthal, Handb. des Franz. Civilrechts II § 243 (5. Auflage).

Digitized by Google

nihil posse agi. Nec de dolo actio est; et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem facendi id fecit.[1])

Einen Fall dieser Art behandelt folgendes Erkenntniß des Ob. Trib. zu Berlin vom 18. Februar 1853:

Der Appellationsrichter erachtet für thatsächlich festgestellt:

daß Verklagter in Folge einer Verabredung mit den Interessenten der Muthungen C. und H. das Bohrloch des artesischen Brunnens auf seinem Grunde und Boden, und zwar gegen eine ihm von den gedachten Interessenten zugesicherte Vergütung, und zu dem ausdrücklich vereinbarten Zwecke gestoßen habe, den Klägern seinerseits das Wasser zu entziehen und dieselben damit um ihren sonst gesetzlich gegen die Interessenten jener Muthungen zulässigen und zu verfolgenden Entschädigungsanspruch zu bringen.

Nach dieser thatsächlichen Feststellung charakterisirt sich aber die Handlungsweise des Imploranten allerdings als Mißbrauch seiner Eigenthumsrechte zur Kränkung und Beschädigung der Kläger. Es läßt sich daher dem Appellationsrichter unter dieser Voraussetzung eine Verletzung der Vorschriften

Einleit. zum A. L. R. §§ 88, 83. — §§ 36, 79 Tit. 6, §§ 27, 28, 130 Tit. 8 Th. I A. L. R.

durch unpassende oder unterlassene Anwendung nicht zum Vorwurfe machen. Jeder Eigenthümer ist zwar befugt, auf seinem Grunde und Boden einen Brunnen zu graben, und die Nachbarn können, selbst wenn ihnen dadurch das Wasser entzogen wird, weder die Grabung des Brunnens wehren, noch auch Entschädigung für den Verlust des Wassers fordern. Diese Regel erleidet indessen, abgesehen von dem Falle eines den Nachbarn zustehenden Untersagungsrechts, auf Grund des § 27, 28 a. a. O. eine Ausnahme, wenn ein Mißbrauch, d. h. ein solcher Gebrauch des Eigenthums vorliegt, welcher vermöge seiner Natur nur die Kränkung eines Andern zur Absicht haben kann.[2]) Ein solcher Mißbrauch liegt aber vor, wenn der gegrabene Brunnen über seinen Zweck hinaus nur dazu dienen soll, den Nachbarn das Wasser zu entziehen. Er liegt um so mehr vor, wenn der Eigenthümer des Brunnens sich dafür von einem Dritten, der das Wasser entzogen haben will, eine Geldsumme zahlen läßt, und wenn sein Zweck dahin geht, diesen Dritten von der Entschädigung, zu welcher derselbe bei der von ihm ausgegangenen Wasserentziehung verpflichtet wäre, zu befreien[3]) (Natorp wider Hemmer und Genossen N. 107).

---

1) Vergl. Hesse, die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücks-Nachbarn ꝛc. S. 229 f.

2) Pagenstecher, die römische Lehre vom Eigenthum Abth. I (Heidelb. 1857) S. 36 sagt: „... Nicht die Ausübung ist unerlaubt, sondern die ihr unterliegende Gesinnung. Die letztere zieht die erstere nach sich, wo das Interesse Dritter oder das Interesse der Gesellschaft in Frage steht. Der Handelnde übt dann, dem Sinne seiner That nach, nicht sein Recht aus, sondern mißbraucht dasselbe als Werkzeug seiner unerlaubten Gesinnung."

3) In den Gründen des aufrecht erhaltenen Erkenntnisses des Appellationsgerichts zu Hamm vom 2. September 1852 war gesagt: Die in den Gesetzen (§§ 88,

§§ 131. 132. 1. Vergl.

Ulp. l. 24 § 12 D. de damn. inf. (39, 2): ... Si tamen tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur.[1])

2. Die Vorschrift des § 132 ist eine Folge des Grundsatzes, daß das Grundeigenthum sich in der Regel auch auf die unter der Oberfläche befindlichen Erdschichten, und zwar ohne alle Beschränkung der Tiefe, erstreckt.

Vergl. das Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden in der Sächsischen Zeitschr. für Rechtspflege XII S. 275.

Vom Gebrauche einer gemeinschaftlichen Mauer.

Haubold opuscula academica II (1829) p. 387—442.

Dr. Rüte, die Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern nach Röm. Rechte dargestellt. Bremen 1843.[2])

§§ 133, 134.

Proculus l. 13 pr. D. de serv. pr. urb. (8, 2): ... Proculus respondit: ... rem non permissam faciat tubulos[3]) secundum communem parietem extruendo.

---

83 Einl. § 36 Tit. 6 Th. I A. L. R.) gezogenen Grenzen der allgemeinen Rechte eines Jeden finden in Ansehung des Eigenthums in den §§ 27, 28 Tit. 8 a. a. O. die nähere Fixirung. So mangelhaft nun auch die in einem Zirkel sich bewegende Definition des Mißbrauchs ist, so ist es doch unläugbar, daß sich der Verklagte einer Verletzung der angezogenen Paragraphen schuldig gemacht hat. Er sucht zwar auszuführen:

Da, wo nicht lediglich und allein die Beschädigung eines Dritten das Motiv der betreffenden Handlung bilde, also auch im vorliegenden Falle, wo nach der Behauptung der Kläger ihm von den Muthungsinteressenten eine Entschädigung zugesichert worden, könne von einem Mißbrauche des Eigenthums keine Rede sein.

Diese Ansicht beruht jedoch auf einer unrichtigen Anschauung. Denn die fragliche Handlung ist nach den angeführten Gesetzesstellen objectiv betrachtet reprobirt, eben weil sie an sich nur die Beschädigung der Nachbarn bezweckt. Ob also der Verklagte zu der Handlung sich bestimmt gefühlt hat durch bloßen dolus, oder durch einen nach § 8 Tit. 4 a. a. O. nichtigen Vertrag mit einem Dritten, ist rechtlich ohne Bedeutung.

1) In Betreff der Anwendbarkeit des von Gajus in l. 13 D. fin. reg. (10, 1) erwähnten Solonischen Gesetzes über die Entfernung einer Brunnenanlage von des Nachbars Gränze ist zu verweisen auf Hagemann, pract. Erört. B. 7 Nr. 128.

2) In Schneider's N. Krit. Jahrb. 1843 S. 748 wird über diese Schrift gesagt: „Diese Monographie ist nicht der Entwickelung eines Rechtsinstitutes, sondern der Zusammenstellung von Rechtsgrundsätzen, die sich auf die nämliche Sache beziehen, gewidmet. Im Uebrigen ist der Fleiß des Verfassers und sein Bestreben, über zweifelhafte Aussprüche der Quellen Licht zu verbreiten, zu loben. In der letztern Beziehung hat die Schrift einigen Werth, während sie in Hinsicht auf dogmatische Entwickelung und Darstellung sehr viel, wo nicht Alles, vermissen läßt.“

3) tubuli sind Röhren, welche von dem hypocaustum (Heizezimmer) ausgehend die trockenen Dampf- und Schwitzbäder mit heißer Luft erfüllen. Hesse, über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücks-Nachbarn 2c. S. 33 N. 3.

Digitized by Google

Paul. l. 19 pr. eod.: Fistulam junctam parieti communi, quae aut ex castello, aut ex coelo aquam caperet, non jure haberi, Proculus ait; sed non posse prohiberi vicinum, quominus balneum habeat secundum parietem communem, quamvis humorem capiat paries, non magis, quam si velit in triclinio suo, vel in cubiculo aquam effunderet. Sed Neratius ait: si talis sit usus tepidarii, ut assiduum humorem[1]) habeat, et ideo noceat vicino, posse prohiberi eum.

Ulp. l. 27 § 10 D. ad L. Aquil. (9, 2): Si furnum secundum parietem communem haberes, an damni injuria tenearis? Et ait Proculus: agi non posse, quia nec cum eo, qui focum haberet; et ideo aequius puto, in factum actionem dandam, scilicet si paries exustus sit; sin autem nondum mihi damnum dederis, sed ita ignem habeas, ut metuam, ne mihi damnum des, damni infecti puto sufficere cautionem.[2])

Mevii comment. in Jus Lubec. P. III tit. XII art. IV nr. 8: Hoc in ea quaestione, an et quatenus muro communi invito socio uti liceat, quae frequentissime occurit, notari debet, ut primo inspiciatur ad quid destinatus sit; deinde an ad supportandum habilis, tertio an status ejus illo usu non mutetur; an etiam juri vel commodo vicini noceatur. Quae his congruunt, invito socio et nequicquam prohibente, imponere et habere licet. Ubi vero contra ea quid fieret, potior est prohibentis conditio . . .

Vergl. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik B. 2 Abth. 1 S. 74, 75.

Oesterr. allgem. bürg. Gesetzbuch § 855: „Jeder Mitgenosse kann eine gemeinschaftliche Mauer auf seiner Seite bis zur Hälfte in der Dicke benützen, auch Blindthüren und Wandschränke dort anbringen, wo auf der entgegengesetzten Seite noch keine angebracht sind. Doch darf das Gebäude durch einen Schornstein, Feuerheerd oder andere Anlagen nicht in Gefahr gesetzt, und der Nachbar auf keine Art in dem Gebrauche seines Antheiles gehindert werden.“

In Betreff der sehr detaillirten Bestimmungen des Französischen Rechts ist zu verweisen auf Zachariä von Lingenthal, Handb. des Franz. Civilrechts II § 239 (5. Auflage) und Thilo, die Controversen des franz. Civilrechts S. 163, 164.

---

1) „Der assiduus humor erinnert unwillkürlich an die perpetua causa, und in l. 8 D. 8, 5 wird assidue und perpetuo synonym gebraucht.“
Hesse, die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücks-Nachbarn rc. S. 35 N. 2.

2) Voet, com. ad P. VIII 2 Nr. 16 bemerkt hierzu: . . . Et quamvis furnum parieti communi adstruere jure Romano vetitum haud fuerit, si modo vicinis caveretur de damno infecto; hodie tamen neque fornacem neque latrinam neque aliud simile, quod nocere solet, secundum parietem communem fieri posse, magis obtinuit. Sicut in his omnibus melior vicini prohibentis conditio sit. Plane quod de furno Romano placuit, id de camino non inepte dixeris, eum parieti communi admoveri posse, si inde non probabiliter ex judicio atque arbitrio peritorum satis damnum metuatur.
Vergl. Hesse, die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücks-Nachbarn rc. S. 126.

§§ 135, 136. 1. Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, daß das Eigenthum einer solchen Mauer pro diviso gemeinschaftlich ist.[1])

Dies ist auch nach gemeinem Recht anzunehmen.

v. Holzschuher, Theorie und Casuistik B. 2 Abth. 1 S. 72, 73:

Struve de jurib. aedif. privatorum § 30 stellt die Präsumtion für paries communis pro diviso auf, unter Beziehung auf Mevius ad Jus Lubec. tit. 12 art. 4 Nr. 4.[2]) In den römischen Gesetzen findet sich darüber nichts. L. 8 i. f. D. 6, 1 sagt bloß, daß eine bewegliche Sache nicht pro diviso von Mehreren besessen werden könne, wohl aber eine unbewegliche. Die Entscheidung dürfte daher wohl hauptsächlich aus der Beurtheilung der Kunstverständigen über die Structur der Mauer zu schöpfen sein, mit Rücksicht auf l. 19 pr. D. 10, 3.[3])

Koch de jure viciniae p. 465 nimmt an, wenn die von beiden Seiten in der Mauer angebrachten Fenster oder Löcher oder Schwibbogen über die halbe Dicke der Mauer reichen, so sei die Mauer pro indiviso gemeinschaftlich, wenn sie aber nur auf die halbe Dicke hineinreichen, pro diviso. Ist der Grund und Boden, auf welchem die gemeinschaftliche Mauer steht, nicht real abgetheilt, so werden auch von der Mauer keine partes divisae angenommen werden können. Fällt indessen die Entscheidung für eine paries communis pro diviso aus, so ist der jedem Einzelnen gehörende Theil als ein für sich bestehendes Ganze anzusehen, bildet also ein besonderes Rechtsobject und ein Eigenthümer hat gegen den andern wegen der von diesem vorgenommenen Einrichtungen und Veränderungen keine anderen Klagen und Schutzmittel, als wenn zwei auch äußerlich geschiedene Mauern verschiedener Eigenthümer neben einander ständen ... Wenn aber die pro diviso gemeinschaftliche Mauer niedergerissen und das Material zur Theilung gebracht wird, so tritt wieder communio pro indiviso ein.[4])

2. Nach diesem Grundsatze entscheidet sich auch von selbst die Frage:

---

1) Vergl. Unger, System des österr. allgem. Privatr. B. 1 S. 414 Note 17 u. 18.

2) Mevius l. c. sagt: In dubio autem praesumitur murus communis pro diviso, et ea cujusque vicini pars, quae ejus aedibus proximior, sicut et hoc statutum in ea aedificationem latiorem permittens de tali loquitur.

3) „Arbor, quae in confinio nata est, item lapis, qui per utrumque fundum extenditur, quamdiu cohaerent fundo, e regione cujusque finium, utriusque sunt, nec in communi dividundo judicium veniunt. Sed cum aut lapis exemtus, aut arbor eruta, vel succisa est, communis pro indiviso fit, et veniet in communi dividundo judicium; nam quod erat finitis partibus, rursus confunditur ..."

4) Gesterding, die Lehre vom Eigenthum S. 39, 40 sagt: Eine Mauer, welche von dem Hofe des Nachbars den unsrigen scheidet, ist gewöhnlich nicht im Miteigenthume, sondern nur pro regionibus divisis, also im ächten Sinne des Worts gar nicht gemeinschaftlich; die Ausdehnung des beiderseitigen Gebiets, worauf die Mauer steht, weist jedem seinen Antheil an; arg. § 29 J. de rer. div., oder sie ist auch nach gewissen Strichen unter ihnen vertheilt.

Von einer solchen Mauer ist eine Mauer zu unterscheiden, welche zwischen zwei Häusern sich befindet, oder beiden Häusern als Mauer dient. Diese letztere ist es, was im röm. Recht, wie es scheint, wenigstens vorzugsweise, unter paries communis verstanden wird.

Digitized by Google

ob jeder der beiderseitigen Grundbesitzer für sich allein befugt sei, die ihm zugehörige Mauerhälfte zu erhöhen?

Voet, com. ad P. VIII. 2. Nr. 17: Utrum autem vicinorum unus invito altero in pariete aut supra parietem communem aedificare jure nec possit, non prorsus expeditum est. Ad medietatem usque id vicino licere, verius videtur; maxime, si paries pro diviso communis sit, quod et in dubio praesumendum volunt: dummodo prima sociorum intentio non manifesto refragetur, et pars illa dimidia oneri ferendo sufficiens sit, nec opere facto in alterutrius vicini aedes inclinetur ... Si tamen paries intermedius non nisi ad praedium a praedio separandum exstructus videatur, vix est, ut tunc vicino ad medietatem usque altius aedificandi jus asseramus; cum nihil socius invito socio possit in rei communis praejudicium ultra primam eorum intentionem.[1])

Mit Recht hat daher unser Ober-Tribunal in dem Präjudiz 2694 vom 17. September 1857 (Entscheid. B. 38 S. 49 f.) jene Frage bejaht.

Nähere Bestimmungen hierüber, welche der Natur des Verhältnisses entsprechen, enthält das Französische Recht. Vergl. Zachariä von Lingenthal a. a. O. § 239.

3. Die Frage über die Tragung bez. den Ersatz des durch den Einsturz einer gemeinschaftlichen Mauer entstandenen Schadens behandelt:

Ulpian. l. 40 § 1 D. de damn. inf. (39, 2): Quoties communis parietis vitio quid accidit, socius socio nihil praestare debet, quum communis rei vitio contigerit. Quodsi, quia alter eum presserat vel oneraverat, idcirco damnum contigit, consequens est dicere, detrimentum hoc, quod beneficio ejus contigit, ipsum sarcire debere. Quodsi aequaliter utriusque oneribus pressus decidit, rectissime Sabinus scripsit, parem utriusque causam esse. Sed si alter plures vel pretiosiores res amiserit, melius est dicere, quia ambo onera imposuerunt, neutri adversus alterum competere actionem.[2])

Vom Licht und von der Aussicht.

Das Licht- und Fenster-Recht nach dem Naturrechte, nach dem

---

1) Vergl. die Vorschrift des Lübischen Rechts Th. 3 Tit. 12 Art. 4: „Gehöret ihrer zweyen eine Mauren aufzuführen, das sollen sie thun auff gleiche Unkosten, will aber der eine höher oder länger fahren als der ander, das stehet ihme frey, doch auff sein eigen Unkosten, und auff seiner Grundseiten, seinem Nachbarn ohne Schaden und Nachtheil."

Mevius, com. in Jus. Lub. l. c. Nr. 5, 6 bemerkt dazu: Sed de eo dubium esse poterat, anne permittendum sit alteri sociorum communem parietem altius vel latius extendere quam vel pristina consuetudo id tulit, vel alteri id placet? Et quidem nostro jure id liberum ei relinquitur. Nec sine ratione. Etsi enim in re communi nemo dominorum jure facere quicquam invito altero possit, ideoque manifestum prohibendi jus esse videatur; id tamen cessat, nec obtinet, quandoquis cupit uti re communi ad eum usum, ad quem destinata est. Hoc invito altero licet; nec potior est causa prohibentis.

2) Vergl. Bynkershoek, Obs. jur. Rom. Lib. IV. cap. X.

Digitized by Google

römischen, gemeinen-deutschen und nach dem französischen Rechte beleuchtet von A. Fahne, 2. Ausg. Berlin 1840. (In den Jahrbüchern für Preuß. Gesetzgebung ꝛc. B. 45 S. 387—408 f. im Auszuge abgedruckt.)

§§ 137, 138. 1. Das gemeine Recht kennt keine gesetzliche Beschränkung der aus der Natur des Eigenthums fließenden Befugniß, „Oeffnungen und Fenster in seine eigne Wand oder Mauer zu machen, wenn dieselben gleich eine Aussicht über die benachbarten Gründe gewähren."

Stryk, Usus modern. Pand. VIII. 2 § 9: .. jure civili expeditum est, unumquemvis in suo pariete fenestras aperire posse, utut inde pateat prospectus in vicini aream. nec enim hic quid immittitur in alienum, nec vicino injuria infertur, dum meum intendo commodum, non vicini damnum, licet hoc per consequens sentiat. Huic itaque avertendo ipsum paratum est remedium, contra aedificando prospectum in ipsius aream impediendi .... § 10. Quaeritur autem hic, an si quis jure suo fenestras fecerit, et vicino commodum non sit contra aedificando illas impedire, hic jus habeat ipsum compellendi, ut fenestras clausas et ita obseratas habeat, ne inde quid effundi, vel quis in aream vicini inde descendere possit? Negandum hoc puto, cum nullibi id exigat jus nostrum: Quod si tamen quid inde immittatur, vel exinde damnum detur, non denegat actiones ordinarias ad damni reparationem ordinatas...

Mevius com. in Jus. Lub. P. III tit. XII art. 13 n. 8: Jure communi eo extenditur libertas aedificandi, quod unusquisque pro lubitu parietem suum aperire, inque eo fenestras jure suo etiam invito vicino facere possit, unde in alienas aedes, hortum, solum vel aream prospectus patet, etsi paries vel mille annos sine fenestris steterit ....

Gebr. Overbeck, Meditat. B. 3 Nr. 185: Das Recht in seiner Mauer oder Wand Fenster zu machen, steht einem Jeden, auch ohne Erlaubniß seines Nachbars, zu.

Donell. com. jur. civ. Lib. XI. cap. 5. Carpzov. P. II const. 41 def. 12. Struv exerc. 13 § 13. Stryk, U. M. VIII. 2 § 9. Pufendorf I. 196. Hommel Rhaps. obs. 33 n. 2. Wernher T. II p. 10 obs. 500.

Goldschmidt im Archiv für die civil. Praxis B. 5 S. 423, 424: Die aus dem Eigenthumsrechte fließende Befugniß, in seinen Gebäuden beliebige Oeffnungen anzubringen, erlitt im röm. Recht weder eine gesetzliche, noch eine sonstige Beschränkung. Die Ansicht, es sei für ein Grundstück nachtheilig oder nur beschwerlich, daß aus einem benachbarten Gebäude in dasselbe gesehen werden könne, war den Römern ganz fremd;

Harmenopulus II. 4 Rubr. de aspectu in alienas aedes

für die benachbarten Grundstücke war es vielmehr etwas vollkommen gleichgültiges, ob Jemand Oeffnungen, und welche er in seinem Gebäude anzubringen für gut finde. Deshalb stand dieser freien Befugniß keine vetustas entgegen, und konnte sie gleich wenig Gegenstand einer Dienstbarkeit sein .... Die Befugniß, in seinem Gebäude Oeffnungen anzubringen, stand nach römischen Begriffen ganz der gleich, in seinem Grund-

Digitized by Google

stücke auf- und abzugehen, sich zu setzen u. s. w., und war daher, wie diese, keiner Beschränkung unterworfen.

Erkenntniß des L. G. zu Wolfenbüttel vom 19. Januar 1835: Die Vorschriften des gemeinen Rechts stehen der natürlichen Freiheit, Fenster in seinem Gebäude nach Belieben anzulegen, nicht im Wege, indem das, was die ursprünglich griechische, erst später ins Lateinische übertragene und deshalb von den Glossatoren vernachlässigte l. 12 C. de aedif. priv. (8, 10) im § 3 darüber enthält, gesetzliche Kraft nicht erlangt hat, auch für unsere Zeiten und Verhältnisse nicht paßt...[1])

Matthiä, Controversen-Lexicon B. 1 S. 58.

Vergl. auch Pfeiffer, praktische Ausführungen IV Nr. 1 und von Holzschuher, Theorie und Casuistik B. 2 Abth. 1 S. 85, 86.

2. Dagegen finden sich in vielen Partikularrechten ähnliche Beschränkungen, wie sie unser Landrecht, das übrigens in dieser Materie auf keinem geschichtlichen Rechte fußt,[2]) aufgenommen hat.

Stryk a. a. O. § 10: .... Interim humanitus fecerit fenestrarum dominus, si has ita exstruat, ut omne damnum in tempore impediatur, et vicinus opere ipso sentiat, nihil ad aemulationem hic factum esse. Sed cum rarior quandoque sit haec humanitatis exhibitio, statutis plerumque caveri solet, ut fenestras muniat cancellis ferreis, sicuti cautum in statutis Ulmensibus in der Bau-Ordnung Tit. 10 § 3. Idem constitutum est Jure Prutenico L. 3 tit. 2 art. 2 § ult. Es soll ein jeder, der in seiner Wand Fenster hat, dadurch ohne Mittel in des andern seines Nachbarn Grund, Haus und Hoff gesehen werden mag, solche Fenster verremsen und vermachen, mit Eisen ohngefährlich, auff das kein Schade daraus geschehe, mit Einsteigen oder sonst.[3])

Frankf. Ref. VIII. 7, 2: Wir ordnen, setzen und wöllen, daß keiner gegen seines Nachbarn Hauß oder Hoff zu, Fenster, darauß in desselbigen Nachbarn Hauß oder Hof mag gesehen werden, von neuwen (wann dieselben zuvor nicht gewesen) machen: sonders es bei der vorigen Form und Gestalt, wie der alt Bau gestanden (so viel die Liecht belangt), bleiben lassen solle, damit sein Nachbar durch das verdrießlich Einsehen, durch etwan Außschütten und Außwerffen nicht beschwert werde. Dann auch nicht vermuthlich, wann die Vorfahren, so den alten Bau machen lassen, deß Lichtrechts auff ihren Nachbaren weren berechtigt gewesen, oder man ihnen dasselbig gestatten hatt wöllen, daß sie es anfangs würden underlassen, und nicht auch so wol zu ihrem Vortheil, als der jetzige Nachbar, gesucht haben.

Nürnberg. Reform 26, 3: Es ist niemand zugelassen, auff oder gegen

---

1) Vergl. Erkenntniß des Ob. Trib. vom 24. Mai 1853, Striethorst, Archiv B. 8 S. 375 f.

2) Vergl. Koch, Kommentar zu §§ 137 f. d. T.

3) Nach den Verdenschen Statuten soll Niemand Kikfenster in eines andern Hof machen, sondern die Fenster sollen so hoch von der Erde sein, daß ein Mann mit der Hand nicht auflangen kann.

Pufendorf Obs. jur. univ. 1. 196.

Digitized by Google

seines Nachpaurn Gepewen oder Hofrait ainiche Liecht oder Trüpfen zustellen oder zumachen, er hab dann desselben ain bedingte bewaißliche Gerechtigkeit, und sollen yeder Zeit auf Ersuchen des Nachpaurn dieselben Liecht oder Trüpfen abgethan und vermacht werden.

Kraut, Grundriß § 138 Nr. 3, 4.

Lübisches Recht Tit. 12 Art. 13: Es mögen auch keine neue Gänge, Wohnung oder Wohnkeller, Fenster, Thüren, Schure, da vormals keine gewesen, angerichtet werden . . .[1])

Das Oesterreichische allgem. bürg. Gesetzbuch enthält in der Lehre von den Dienstbarkeiten die Bestimmung:

§ 488. „Das Fensterrecht gibt nur auf Licht und Luft Anspruch; die Aussicht muß besonders bewilligt werden. Wer kein Recht zur Aussicht hat, kann angehalten werden, das Fenster zu vergittern . . .“

Das Französische Gesetzbuch schreibt vor:

Art. 676. Le propriétaire d'un mur non mitoyen, joignant immédiatement l'héritage d'autrui, peut pratiquer dans ce mur des jours ou fenêtres à fer maillé et verre dormant. — Ces fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer, dont les mailles auront un décimètre (environ trois pouces huit lignes) d'ouverture au plus, et d'un châssis à verre dormant. —

Art. 677. Ces fenêtres ou jours ne peuvent être établis qu'à vingt-six décimètres (huit pieds) au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer, si c'est à rez-de-chaussée, et à dix-neuf décimètres (six pieds) au-dessus du plancher pour les étages supérieurs.[2])

3. Die Frage:

ob in einer den Besitzern an einander stoßender Grundstücke gemeinschaftlich zugehörigen Wand der Eine ohne des Andern Zustimmung Fenster anlegen dürfe,

ist sowohl nach gemeinem wie nach Preußischem Rechte zu verneinen.

Paul. l. 40 D. de serv. pr. u. (8, 2): Eos, qui jus luminis immittendi non habuerunt, aperto parieti communi nullo jure fenestras immisisse respondi.

Es folgt dies von selbst daraus, daß eine solche Mauer nur pro diviso gemeinschaftlich ist, also jeder Nachbar dieselbe an seiner Seite nur bis zur Hälfte der Dicke gebrauchen darf (§ 135 d. T.). Es

1) Mevius com. in Jus Lubec. P. III tit. XII art. 13 n. 13 bemerkt dazu: Nostro statuto hic aliud provisum, prohibito fenestras facere, ubi antea non fuerunt, ita ut ex eo vicini servitutem habeant in aedibus atque parietibus vicinorum, ne ultra antiquum modum aperiantur . . . Verbo fenestrarum, Fenster, non vitreae saltem, sed etiam ligneae veniunt, omnesque illae prohibentur, unde in solum vicini prospectus esse queat. Secus si versus viam publicam fiant.

2) Nähere Bestimmungen werden noch in den folgenden art. 678—680 gegeben. Vergl. Zachariä von Lingenthal, Handb. des Franz. Civilrechts B. 2 § 244 (5. Aufl.). A. Fahne a. a. O. S. 396 ff.

Digitized by Google

würde aber auch bei der Annahme einer communio pro indiviso nach dem allgemeinen Grundsatze des § 10 Tit. 17 Th. I des A. L. R. gelten müssen.

Eine ausdrückliche Bestimmung hierüber enthält das Französ. Recht:

> art. 675. „L'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant.*)

4. Wenn die bei Anlegung der Fenster obwaltenden Umstände die im § 138 vorgeschriebene Erhöhung derselben nicht gestatten, so kann diese Erhöhung auch dann nicht verlangt werden, wenn bei einem späteren Umbaue des betreffenden Hauses jene Hindernisse beseitigt sein sollten.

Dieser Grundsatz ist in folgendem Erkenntnisse des Ober-Tribunals zu Berlin vom 3. Oktober 1861 (in Sachen Schniewind wider Wittwe Haarmann) ausgesprochen:

> Der Appellationsrichter geht bei seiner Entscheidung zwar von der thatsächlichen Annahme aus, daß in dem Hause, an dessen Stelle das jetzt dem Verklagten gehörige Haus vor 14—15 Jahren errichtet worden, vor länger als 30 Jahren bereits ein Fenster oder eine Oeffnung, und zwar an der nämlichen Stelle in der Wand jenes Hauses vorhanden gewesen, wo sich gegenwärtig in dem neuen Hause das jetzt streitige Fenster befindet; er erachtet jedoch den Verklagten zur Erhöhung dieses Fensters 6 Fuß vom Boden des Zimmers und Verwahrung desselben mit eisernen Stäben oder mit einem Drathgitter nach Maßgabe des § 138 Tit. 8 Th. I A. L. R. deshalb für verpflichtet, weil die innere Einrichtung des Hauses sich gegen früher, insbesondere durch Erhöhung des Bodens des Zimmers, in der Art geändert habe, daß das Fenster jetzt nicht mehr 6 Fuß vom Boden entfernt sei. Der hiergegen gerichtete Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde erscheint begründet. Der § 138 a. a. O. bezieht sich nach seinem Wortlaut nur auf den Fall, wenn in der an das benachbarte Grundstück anstoßenden Wand oder Mauer, an einer Stelle, wo früher keine Fenster oder Oeffnungen vorhanden waren, dergl. neu angelegt werden. Wenn aber bei dem Neubau des Hauses, worin die Oeffnung sich früher bereits befand, die letztere an der nämlichen Stelle wieder angebracht wird, ist dies keine neue Anlage, der frühere Zustand wird vielmehr in dieser Beziehung nur wiederhergestellt. Darauf, ob bei einem solchen Neubau oder Umbau die innere Einrichtung des Hauses oder Zimmers, wo das Fenster sich befindet, eine Aenderung erleidet, insbesondere der Fußboden erhöht wird, kann es hierbei nicht ankommen, und durch Bezugnahme auf den der Anordnung des § 138 a. a. O. nach der Ansicht des Richters zum Grunde liegenden Zweck die Ausdehnung der Vorschrift desselben auf einen andern als den im Gesetze vorgesehenen Fall nicht gerechtfertigt

*) Zachariä von Lingenthal a. a. O. Thilo, die Controversen des franz. Civilrechts S. 163.

Digitized by Google

werden. Der Appellationsrichter verletzt hiernach den citirten Paragraph durch unpassende Anwendung.

Im Uebrigen ist rücksichtlich der mehrfach streitig gewordenen Auslegung der §§ 137, 138 zu verweisen auf Heydemann, Einleit. in das System des Preuß. Civilr. 1 S. 436—439.

---

§§ 139, 140.

1. Buddeus in Weiske's Rechtslexicon B. 4 S. 450 f.

Gebäude ist im Allgemeinen Alles, was nach den Regeln der Baukunst aufgeführt ist. Im engern Sinne ist es ein nach Bauregeln in der Absicht errichtetes Werk, um dadurch einen hohlen Raum Behufs der Bewohnung, Aufbewahrung oder zweckmäßiger Betreibung gewisser Geschäfte darin, einzuschließen.

Ganz besonders ist beim Bauen das Nachbarrecht (Fürnossenrecht, jus vicinitatis) zu berücksichtigen.

Schon nach dem Zwölftafelgesetze der Römer bestanden gewisse Vorschriften über die Entfernung, in welcher jeder Bauende beim Bauen von den Grundstücken seines Nachbars bleiben soll; sie sind aber theils nicht in das Justinianische Recht übergegangen, theils sind auch die diesfälligen neueren römischen Gesetze, als Polizeigesetze, nicht mehr anwendbar (l. ult. D. fin. reg. 10, 1. l. ult. § 1 C. de servit. 3, 34. l. 12, 13 C. de aedif. priv. 8, 10 u. s. w.) . . .*)

Das deutsche Privatrecht und namentlich die Partikulargesetze einzelner Länder sind größtentheils von ähnlichen Grundsätzen ausgegangen, und das römische Recht muß dabei, soweit es allgemein gültige Grundsätze ausspricht, selbst rücksichtlich der demselben unbekannten deutschen Servituten und sonstigen Rechte angewendet werden. Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts § 167.

2. Ueber die Frage:

was unter einem „Gebäude“ im Sinne der §§ 139 f. zu verstehen sei,

spricht sich ein Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 9. Februar 1859 dahin aus:

---

*) Vergl. Erkenntniß des O. A. G. zu Kiel vom 26. April 1845: In l. ult. D. fin. reg. kann keine Angabe der römischen Vorschriften über Anlagen an der Grenze von Grundstücken gefunden werden. Ueberhaupt sind die besonderen polizeilichen Bestimmungen des römischen Rechts über die Höhe der Gebäude und die Entfernung derselben von der Grenze in Deutschland gemeinhin nicht zur Ausführung gekommen.

Seuffert, Archiv B. 5 Nr. 107.

Desgl. Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Berlin vom 24. Mai 1853: Die Vorschriften der l. 12 C. de aed. priv., l. 14 D. de ser. pr. urb. und l. 9 C. de aed. priv. sind polizeilicher Natur, berechnet auf die Sitten der Länder, für welche sie erlassen worden sind; es können daher dieselben in die ganz abweichenden baupolizeilichen Verhältnisse Deutschlands nicht eingreifen.

Striethorst, Archiv B. 8 S. 375 f.

Digitized by Google

Der Streit der Parteien dreht sich um die Frage, ob die in Rede stehende Anlage ein Gebäude im Sinne des § 139, oder eine bloße Scheidewand ist. Es enthält nun das Allg. Landrecht eine Definition von „Gebäuden" nicht; auch möchte es schwer halten, eine für alle Fälle ausreichende Begriffsbestimmung zu geben. Das Ober-Tribunal versteht unter Gebäuden „mit Umfassungsmauern versehene Räume." [1]) Der erste Richter hebt als Kriterium die Bedachung hervor. Für den vorliegenden Fall, wo es sich hauptsächlich um die Hervorhebung des Unterschiedes von „Gebäude" und „Grenzmauer" handelt, möchte die negative Definition genügen, nach welcher Gebäude diejenigen Bauanlagen sind, die nicht die bloße Bestimmung in sich tragen, zur Begrenzung eines Raumes zu dienen. Legt man diese Unterscheidung hier zu Grunde, so muß man zu der Ueberzeugung gelangen, daß die fragliche Bauanlage ein Gebäude ist. Gegen die Bestimmung der Anlage als einer bloßen Grenzmauer sprechen vor Allem die in derselben befindlichen Fensteröffnungen. Bei Errichtung einer Grenzmauer fällt selbstverständlich so viel Licht von oben in den innern Raum, daß es besonderer Seitenöffnungen, Fenster, durch welche das Licht noch einfalle, nicht bedarf; nur bei überdachten Räumen, Häusern, bedarf es dieser. Hiernach muß schon aus der Anlage der Fenster in der Mauer auf die Absicht des Verklagten geschlossen werden, ein Mehreres als eine bloße Grenzmauer, ein Gebäude, zu errichten. Wenn der Verklagte bemerkt, es komme nicht darauf an, was mit der Mauer beabsichtigt sei, sondern was gegenwärtig diese Mauer darstelle, so kann dieser Ansicht um so weniger beigetreten werden, als der Kläger bei Vermeidung des Verlustes des Rechts, überhaupt gegen die Anlage Widerspruch zu erheben (vergl. § 43 Tit. 22 Th. I Allg. Land-Recht und Präjud. des Ober-Tribunals vom 23. September 1843) eben vor Vollendung des ganzen Baues seinen Widerspruch geltend machen mußte (in Sachen Ehefrau Rienermann wider C. H. Rehbein R. 494 [2]).

3. Auf solche Gegenstände, welche nicht unter den Begriff „Gebäude" fallen, lassen sich die §§ 139 ff. nicht anwenden. Die singuläre Natur dieser Vorschriften widerstreitet jeder Analogie. Dies ist näher ausgeführt in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 28. Februar 1861 (Entscheid. B. 45 S. 63 f. [3])

4. Finden die Vorschriften der §§ 139 f. auch auf Gebäude Anwendung, die auf einem solchen Platze errichtet werden sollen, der zwar gegenwärtig unbebaut ist, früher aber lange Jahre hindurch mit einem jene Baugrenze nicht innehaltenden Gebäude besetzt war?

1) Präjud. 2378 vom 13. Mai 1852 (Entscheid. B. 23 S. 53—58).
2) Vergl. Erk. des Ob. Trib. vom 13. Septbr. 1859 (Striethorst, Archiv B. 35 S. 48 f.) und vom 28. Februar 1861 (Entscheid. B. 45 S. 63 f.).
3) Vergl. auch Javolen. l. 12 D. de serv. pr. urb. (8, 2): Aedificia, quae servitutem patiuntur, „ne quid altius tollatur," viridaria supra eam altitudinem habere possunt. At si de prospectu est, eaque obstatura sunt, non possunt.

Digitized by Google

In den Gründen des Plenarbeschlusses des Ober-Tribunals vom 11. Mai 1846 Präjud. 1777 (Entscheid. B. 13 S. 28 f.) wird in dieser Hinsicht gesagt:

Hat auf dem Platze bereits früher ein Gebäude gestanden, ist dasselbe abgebrochen worden, und hat der Platz eine neue Bestimmung erhalten, es soll aber darauf wieder ein Gebäude aufgeführt werden, so ist in jedem einzelnen Falle nach den Umständen — je nachdem aus der dem Platze gegebenen neuen Bestimmung ein Aufgeben des Rechts zum Wiederaufbau in den Gränzen des früheren Gebäudes gefolgert werden kann — zu beurtheilen: ob dasselbe zu den neu zu errichtenden Gebäuden zu zählen ist, oder nicht.

Im Anschlusse hieran ist im Präjudiz desselben Gerichtshofes vom 22. August 1848 Nr. 2062 ausgesprochen:

Wenn der Plenarbeschluß vom 11. Mai 1846 zu 2 bestimmt:

„Neu errichtete Gebäude im Sinne der §§ 139, 140 a. a. O. sind nur solche, welche auf einem Platze aufgeführt werden, worauf bis dahin noch kein Gebäude gestanden hat —"

so ist hierunter auch der Fall begriffen, wenn an Stelle eines bereits früher auf dem Platze gestandenen Gebäudes ein anderes dergestalt errichtet werden soll, daß nicht die bisher bebauten Gränzen eingehalten werden, vielmehr mit Ueberschreitung derselben das Gebäude einen dem Nachbar näheren Platz angewiesen erhält, als es zeither eingenommen hat (Entscheid. B. 16 S. 520*).

Ein hierher gehöriger Fall kam in zweiter Instanz bei dem Appellationsgericht zu Hamm zur Entscheidung.

Der Verklagte hatte in einer geringeren Entfernung als 1½ Werkschuhe von dem Grundstücke des Klägers an derselben Stelle ein Gebäude errichtet, auf welcher vor zwanzig Jahren ein Stall gestanden und die nach dessen Abbruch seitdem als Düngerstätte benutzt worden war. Der Kläger verlangte die Zurückziehung des Neubaues bis auf die gesetzliche Baugränze. Es wurde hiergegen geltend gemacht:

Wenn auch der Behauptung des Klägers beizutreten sei,

daß der streitige Bau im Sinne der §§ 139, 140 d. T. für ein neu errichtetes Gebäude zu erachten,

so könne dies noch immer nicht zu einer dem Klageantrage entsprechenden Verurtheilung des Verklagten führen.

So viel stehe fest:

daß bis vor etwa zwanzig Jahren an der Stelle des jetzigen Neubaues ein Stall gestanden, den die Augenzeugen nur als ein altes Gebäude gekannt haben.

Mit dieser von dem Vorbesitzer des Klägers wissentlich geduldeten Erbauung und dem langjährigen Fortbestehen dieses Stalles sei aber von

*) Vergl. auch die mitgetheilten Erkenntnisse des Ober-Tribunals in Striethorst B. 5 S. 55. B. 27 S. 281. Entsch. B. 42 S. 51.

Digitized by Google

selbst das als gesetzliche Grundgerechtigkeit aufzufassende und daher der Vorschrift des § 43 Tit. 22 Th. I A. L. R. unterliegende Recht auf Beachtung der in den §§ 139, 140 d. T. vorgeschriebenen Baugränze erloschen.[1])

Es sei daher nicht die Frage zu stellen:

ob der Neubau des Verklagten ein solcher Bau sei, wie ihn die §§ 139, 140 voraussetzen?

sondern:

ob der Kläger überhaupt das Recht habe, einem wirklichen Neubau innerhalb der im § 140 vorgeschriebenen Gränze zu widersprechen?

Die letztere Frage sei zu verneinen. — Der Vorbesitzer des Klägers habe sich durch langjährige Duldung dieses Rechts begeben und daher dasselbe mit dem Grundstücke dem Kläger gar nicht übertragen können. Daß der erwähnte alte Stall vor etwa zwanzig Jahren seiner Baufälligkeit wegen abgebrochen und seitdem die Stelle bis zum Beginn des jetzigen Neubaues als Düngerstätte benutzt worden, könne hierin nichts ändern; denn es sei dadurch die erloschene Grundgerechtigkeit, in Ansehung deren die an die Scheidemauer des Klägers anstoßende Fläche in der Breite von 1½ Werkschuhen sich als fundus serviens darstellt, nicht wieder ins Leben getreten. Habe diese Grundfläche — gleichviel auf welche Weise — einmal die gänzliche Befreiung von der Servitut erlangt, so könne sie auch nicht anders in die Servitut zurückfallen, als dadurch, daß der Grundnachbar das freiwillig aufgegebene Recht von Neuem wieder erwirbt.

Der Appellationsrichter hat sich jedoch diesen Ausführungen nicht angeschlossen, vielmehr, in Erwägung, daß die lediglich auf den vormaligen Stall sich beziehende Duldung des Vorbesitzers des Klägers nach dem Abbruche dieser nicht wiederhergestellten Bauanlage von selbst ihre Wirksamkeit verloren habe, durch das Erkenntniß vom 12. Juni 1857, unter Abänderung des ersten Urtheils, dem Klageantrage entsprochen.[2])

---

1) Vergl. Präj. des Ob. Trib. vom 23. Septbr. 1844 Nr. 1480 (Striethorst, Archiv B. 5 S. 98 f. Entsch. B. 9 S. 10—13).

2) Eine ähnliche Streitfrage behandelt Thilo, die Controversen des franz. Civilrechts S. 165, 166: „Nach Art. 671 des Code civil dürfen hochstämmige Bäume nur in einer gewissen Entfernung von der Gränze gepflanzt werden.

Wenn nun Bäume, die in einer geringeren als der gesetzlichen Entfernung gepflanzt sind, absterben, darf der Eigenthümer sie wieder ersetzen, ohne die gesetzlichen Zwischenräume zu beobachten?

Bejaht: Die Dienstbarkeit bestand zum Vortheil des Grundstückes, von dem die Bäume ein Zubehör waren. Dieses Grundstück kann diese Dienstbarkeit dadurch nicht verlieren, daß neue Bäume an die Stelle der abgegangenen gesetzt worden, den Fall des Art. 665 ausgenommen. Die zum Vortheil eines Hauses bestehenden Dienstbarkeiten erlöschen nicht, wenn Alter oder irgend eine andere Ursache die Wiedererbauung nothwendig macht. Pardessus Nr. 195. Toullier Nr. 515.

Verneint: man hat hier die Maxime zu beobachten, quantum possessum, tantum praescriptum: was aber hat der Eigenthümer genossen? Das Recht, gewisse Bäume an einem bestimmten Orte zu haben: er hat darum nicht das Recht, beständig Bäume an derselben Stelle stehend zu haben. Wenn diese

Digitized by Google

§ 141.

Papir. Justus l. 14 D. de serv. pr. urb. (8, 2): Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt: in area, quae nulli servitutem deberet, posse dominum vel alium voluntate ejus aedificare, intermisso legitimo spatio a vicina insula.

Ulp. l. 9 eod.: Cum eo, qui tollendo obscurat vicini aedes, quibus non serviat, nulla competit actio.

l. 8 C. de serv. et aqua (3, 34): Altius quidem aedificia tollere, si domus servitutem non debeat, dominus ejus minime prohibetur ....

l. 9 eod.: ... Sed si servitutem habuisse non probetur, tollendi altius aedificium vicino non est interdictum.

---

§§ 142—144. 1. Das Recht, in der eigenen Wand nach des Nachbars Seite hin Fenster zu haben, schließt an sich das Recht der freien Aussicht noch nicht in sich.*)

Mevius, com. in Jus Lubec. P. III tit. XII art. 13 nr. 11: Uti autem fenestras in suo conficere unicuique liberum: ita et vicino licet e contra aedificando easdem obscurare et occultare in totum aut pro parte, Gail II obs. 69 nr. 10, nisi vicinus ejusque aedes debeant vicino aliquam ex his servitutibus, quae luminum et ne luminibus officiatur, vocari solent.

Berger, oecon. jur. Lib. II tit. III th. XVII not. 3: Eum qui fenestras, in proprio pariete apertas, per longum tempus habuit, eo ipso servitutem, ne luminibus officiatur, non acquisivisse, nisi prohibuerit, ne officeretur, et vicinus acquieverit. igitur vicinus, contra aedificando, fenestras ejus obscurare, et, si alter prohibeat, actione negatoria, vel interdicto uti possidetis, adversus eundem experiri potest. Ita Fac. Vittenb. respondit M. Sept. a. 1702.

Erkenntniß des O. A. G. zu Jena vom 20. März 1823: Wer im Besitz der Befugniß ist, nach des Nachbars Hofe zu Fenster zu haben, befindet sich darum noch keinesweges auch im Besitz der Befugniß, den Nachbar zu verhindern, ein Nebengebäude höher aufzuführen und dadurch jenen Fenstern das Licht zu entziehen. Daraus allein, daß Jemand etwas bisher nicht gethan, kann nicht für einen Andern die possessio vel quasi der Befugniß entspringen, zu verlangen, daß er es auch ferner nicht thue. Soll vielmehr durch ein Nichtthun des Einen solcher Besitzstand für einen Andern begründet werden, so ist in der Regel erforderlich, daß der Erstere

---

Bäume weggeschafft werden, so kehrt man zu den Bestimmungen des gemeinen Rechts diesfalls zurück. Duranton Nr. 391. Delvincourt T. 3 p. 56." — Keinenfalls kann die Begründung dieser entgegengesetzten Ansichten befriedigen, da beide den richtigen Gesichtspunkt verfehlen, daß es sich hier nicht um den Erwerb einer Dienstbarkeit, sondern um die Befreiung von einer solchen handelt.

2) Die Vorschrift des § 62 Tit. 22 Th. I des Allg. Land-Rechts: „Das Recht der freien Aussicht schließt die Befugniß in sich, auch in einer an des Verpflichteten Hof oder Garten unmittelbar anstoßenden Mauer neue Fenster zu öffnen" — läßt sich daher nicht umkehren.

Digitized by Google

von dem bisherigen Nichtthun zu dem entgegengesetzten Thun überzugehen den Versuch macht, der Letztere dessen Ausführung widersprochen und nun Jener diese unterlassen habe.

Seuffert, Archiv B. 6 Nr. 15.

2. Gleichwohl finden sich schon im römischen Recht Bestimmungen, welche darauf hindeuten, daß in Betreff des Genusses der freien Aussicht ein langjähriger faktischer Zustand geachtet werden müsse.

Ulp. l. 11 pr. D. de serv. pr. urb. (8, 2): Qui luminibus vicinorum officere, aliudve quid facere contra commodum eorum volet, sciat, se formam ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere.

l. 1 C. de serv. et aqua (3, 34): Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam exstruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito per judicem exercere non prohiberis. Is, qui judex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet.

3. Dieses Prinzip spricht sich auch in deutschen Partikularrechten aus, ohne daß dabei auf die vetustas Gewicht gelegt wird.

Hamburg. Stat. II. 20. 8: „.... Da auch jemand aufschlagende Fenster in Hof-Räumen, oder andern Plätzen, in ruhigen Besitz hätte, mögen dieselben, ohne dessen Willen, der sie hat, ihm nicht zugebauet, noch die Luft verbauet werden ...."

Kraut, Grundriß § 138 Nr. 5.

Zürcher Gesetzbuch § 601: „Der Eigenthümer eines Gebäudes ist befugt, dem Nachbar einen projectirten Bau zu untersagen, wenn jenem Gebäude in solchem Maße Sonnenlicht oder Heiterkeit entzogen würde, daß eines oder mehrere Zimmer oder Räume zur Erfüllung ihrer Bestimmung ohne künstliche Mittel, wie Anzünden von Licht, unbrauchbar gemacht oder der Werth des Gebäudes um wenigstens den zehnten Theil verringert würde."

Auf dem gleichen Prinzipe beruhen nun auch die an willkürlichen und noch dazu sehr unglücklich ersonnenen Unterscheidungen reichen Vorschriften der §§ 142—144 d. T.

4. Ein Grundbesitzer verkauft das auf einem Theile seines Grundstückes stehende Haus, dessen sämmtliche Fenster seit länger als zehn Jahren die freie Aussicht auf den unbebauten, dem Verkäufer gebliebenen Theil des Grundstückes gewährten. — Bald nach dem Verkaufe errichtet er jenem Gebäude gegenüber ein neues Gebäude.

Ist er dabei an die im § 142 vorgeschriebene Beschränkung gebunden?

Nein; denn der im § 142 gedachte Rechtszustand kann sich erst dann feststellen, wenn das Haus und das benachbarte Grundstück verschiedenen Personen gehört. So lange Beides sich in einer Hand

Digitized by Google

befindet, ist die Entstehung einer solchen Eigenthumsbeschränkung undenkbar.

5. Die Frage:

ob der bloße Miether eines Hauses berechtigt ist, dem Bau des Nachbars wegen des ihm dadurch entzogenen Lichtes unter den Voraussetzungen zu widersprechen, unter welchen dem Eigenthümer ein solches Widerspruchsrecht zusteht,

wird nach den Grundsätzen unseres Land-Rechts zu bejahen sein, weil darnach dem Miether ein dingliches Recht an der Sache zusteht, dessen Beeinträchtigung er von Niemand zu dulden braucht. Allerdings kann er auch im Verhältnisse zu seinem Vermiether verlangen, daß dieser als Hauseigenthümer ihn gegen die Beeinträchtigungen des Nachbars schütze, und auf diese Weise seiner Vertragspflicht genüge, ihm während der ganzen Miethszeit den brauchbaren Zustand der vermietheten Sache zu gewähren. Nach römischem Recht war er nur auf diese Contractsklage gewiesen.*) Nach dem letzteren Gesichtspunkte entscheidet sich auch die Frage:

Kann der Vermiether während der Dauer des Miethcontracts durch Aufführung neuer Bauten den Miether in dem gemeingewöhnlichen Gebrauche seiner Wohnung beeinträchtigen?

Diese Frage behandelt das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom vom 20. December 1859 (Entscheid. B. 42 S. 169—174).

Im Uebrigen ist in Betreff der vielfachen Zweifel und Streitfragen, die durch die gedachten Paragraphen herbeigeführt worden sind, zu verweisen auf Heydemann I S. 435—445, dem es sehr gut gelungen ist, „aus der mühseligen Casuistik der Praxis die Hauptmomente hervorzuheben," desgl. auf v. Rönne, Ergänz. u. Erläut. des Allgem. Landrechts I S. 215—217.

---

§ 145. 1. Mevii comment. in Jus Lub. P. III tit. XII art. VII nr. 1, 2, 14:

In suo solo cuilibet pro lubitu aedificare, aut aedificatum reparare licet, adeo ut ad coelum usque, si fieri licet, aedificia tollere liberum sit. Haec quippe juris gentium sunt, cuivis libera, etiamsi aedificans ante tale quid in suo non fecisset, si alio jure non reperiuntur prohibita. Nec longissimo tempore praescribitur aedificiorum libertati, quamdiu vicinus non est in possessione servitutis, vid. Gail 2. observ. 69 n. 9. . . . . . . Quare etsi quid dematur adversario quod ante habuit, tamen quia in suo aedificare licet, permittitur id auferre, novum aedi-

*) l. 25 § 2 D. locati (19, 2): Si vicino aedificante, obscurentur lumina coenaculi, teneri locatorem inquilino . . .


Digitized by Google

ficium in area faciendo, formam et faciem pristini aedificii mutando, fenestras veteres obscuriores reficiendo et illustrando, angustas domus partes ampliando, lumina obscurando, solem auferendo, prospectum maris, horti, publicae scripturae, horologii etc. demendo et simili modo, uti plura congessit Cothmannus, consil. 98 n. 56—70.

Siehe auch die römischen Gesetzstellen zu § 141 d. T.

2. Umgekehrt kann auch der Eigenthümer eines Grundstückes nur durch eine Servitut verpflichtet werden, ein den Nachbar gegen das lästige Zuströmen des Lichtes schützendes Werk nicht wegzunehmen.

Ulp. l. 17 § 1 D. de serv. pr. urb. (8, 2): Per contrarium si deponat aedificium vel arboris ramos, quo facto locus opacus quondam coepit solis esse plenus, non facit contra servitutem; hanc enim debuit, ne luminibus officiat; nunc non luminibus officit, sed plus aequo luminis facit.

---

§ 146. Diese Vorschrift ist eine lex fugitiva, da sie in den Titel von den Grundgerechtigkeiten gehört.

Vergl. Ulp. l. 1 § 11 D. de serv. pr. urb. (8, 2): Si inter te et vicinum tuum non convenit, ad quam altitudinem extolli aedificia, quae facere instituisti, oporteat, arbitrum accipere poteris.

Von Thüren.

§ 148. Hommel Rhaps. IV. obs. 552: Januam in vicini fundum ne aperias. Fenestras aperire in pariete tuo, ut lumen ex vicino fundo haurias. Alia ratio januae, ex qua non oculis sed pedibus exspatiari possis. Nam invito altero fundum ejus introire inter injurias reputatur.

Koch de Jure Vicin. cap. 8 nr. 3 et 10.

Von Zäunen, Planken und Scheidewänden.

Vergl. Plathner, Geist des Preuß. Privatrechts B. 1 S. 35—37.
Heydemann, Einleitung in das System des Preuß. Civilrechts B. 1 S. 446—450.

§ 149. v. Bülow und Hagemann, practische Erörterungen B. 1 Nr. 34:

Vermöge der natürlichen Freiheit steht jedem Eigenthümer das Recht zu, seinen Grund und Boden auf jede beliebige Art einzufriedigen (Harprecht Vol. VII cons. 62 nr. 8), wenn nicht durch Landesgesetze, Statuten, Observanz, Verträge und Dienstbarkeiten in Absicht der Form, Art und Weise der Befriedigungen etwas festgesetzt ist. Auch eine Aenderung in der bisherigen Einfriedigungsart ist dem Eigenthümer nicht zu verwehren, sofern nicht Observanz, Vertrag, Servitut oder Verjährung ihm entgegensteht. Auch kann es dem Eigenthümer einer Planke nicht untersagt werden, zur Conservation derselben ein Wetterdach darauf zu setzen, sofern weder das Uebergebäude noch der Tropfenfall des Nachbars Grundstück beschädigt.

Digitized by Google

Code civil art. 647: „Tout propriétaire peut clore son héritage . . *)

§ 150. 1. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik B. 3 S. 162:

Der Schöppenstuhl in Leipzig erkannte: Daß ein Zaun von der Nachbargrenze in gewisser Entfernung stehen müsse, läßt sich im Allgemeinen nicht behaupten. L. 13 D. 10, 1 schreibt nur vor, daß bei Anlegung der Zäune die Grenze nicht überschritten werden soll. s. Emminghaus, Pandekten des gem. Sächs. R. S. 441 Nr. 7. Eisenhardt Opusc. 1761 n. 216.

2. Vergl. l. 17 pr. D. si serv. vind. (8, 5) (s. oben zu § 123 Nr. 2).

3. Die Vorschrift des § 150 findet auch auf gemeinschaftliche Scheidewände Anwendung.

Pompon. l. 14 § 1 D. si serv. vind. (8, 5): Si paries communis, opere abs te facto, in aedes meas se inclinaverit, potero tecum agere: „jus tibi non esse parietem illum ita habere.“

§ 151. Berger, oecon. jur. Lib. III tit. VI th. 4 not. 4:

Moribus agrum planca circumdare non licere, nisi quis habeat jus horti, das Gartenrecht. Schilter exerc. 20 th. 64.

§ 152, 153. 1. Vergl. Gesetzrevision, Pensum XIII S. 74, 75.

2. In Betreff der Reparatur einer gemeinschaftlichen Mauer ist zu verweisen auf: Hesse, Ueber die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücks-Nachbarn (Eisenberg 1859) S. 108 f.

§ 154. Hommel, Rhaps. obs. 301 nr. 15:

Paries in confinio positus communis putatur, arg. L. 83 ff. pro soc. nisi aliud ex signis argui possit. Architecti hanc regulam seruant: Daß der die Planke halten müsse, auf dessen Seite die Pfäle zu sehen, dem aber die glatte Seite zugekehret, darf sie nicht halten, sondern vielmehr gehöret sie demjenigen, dem die Spizen der Nägel zugeschlagen werden. Hoc didici ex variis iudicialibus actis et opificum arbitriis. Item sepimentum eius est, dem die rauhe Seite zugekehret. I. P. S. lib. 2 art. 50. Wer zäunet, sol die Aeste von den Zaunruthen in seinen Hof kehren: Glossa autem latina dissentit, in ligneo pariete ita perhibens. Quando dignoscere volumus, cuius sit paries aliquis et ad quem pertineat, tunc perscrutamur unde et ex qua parte infixi sint claui, et in qua parte capita clauorum reperiuntur, illius paries esse censetur. Consentit POLACCIVS in Mathesi Forensi Sect. 2 Cap. 2 § 53. Man muß allemal darauf sehen, von welcher Seite die Nägel eingeschlagen sind, immasen sie alsdenn auch von dem Besizer des Grundstükes auf derselben

*) Zachariä von Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. B. 2 § 240 (5. Aufl.).


Digitized by Google

Seite gehalten werden muß. Es ist daher ganz irrig, wenn einige vorgeben, man müsse in dem lezten Falle, um den Eigenthümer zu erfahren, bloß darauf sehen, wo die Stiehle stünden, wenn auch die Nägel von der andern Seite angeschlagen worden wären. Denn der Nachbar ist ja niemals schuldig zu erlauben, daß der andere in seinen Garten komme, und daselbst seinen Zaun annagele und befestige. Also ist demjenigen die Planke zuständig, auf dessen Seite die Bretter angeschlagen sind.

---

§ 155. 1. Erkenntniß des O. A. G. zu Kiel vom 26. April 1845:

Das s. g. Hammerschlagsrecht,[1]) welches bei Gebäuden und Plankwerken an der Gränze die Nachbarn einander herkömmlich zu gewähren haben, enthält, insofern nicht Localrechte etwas Anderes bestimmen oder eine eigentliche Servitut zu Grunde liegt, nur die Befugniß, so weit es die Localität gestattet, zum Zwecke der Reparatur des Gebäudes oder Plankwerkes das benachbarte Grundstück zu betreten und die erforderlichen Bewegungen im Luftraume des Nachbars zu machen, gibt aber keineswegs auch das Recht, vom Nachbar zu verlangen, daß er für beständig offenen Raum lasse.[2])

2. Heydemann a. a. O. S. 448:

Das im § 155 unverkennbare Deutsche Hammerschlagsrecht (Leiterrecht[3]) ist mit Recht auch auf andere Bauwerke (außer den aus Planken und Brettern bestehenden Scheidungen) anwendbar befunden worden.[4])

---

§§ 159—161.

Paul. l. 4 § 10 D. fin. reg. (10, 1): ... (praedia urbana) communibus parietibus plerumque disterminantur.

Voet com. ad P. VIII. 2 nr. 15:

... In primis sciendum est, inter aedes duas hortosve parietem intermedium in dubio communem praesumi, quoties pro pleno vicini alterutrius dominio, indicia desunt ac praesumtiones. Idemque de sepimento ligneo, ac interstitio inter duas aedes vacuo, aliisque omnibus inter duo praedia vicina intermediis, statuendum est, si non unius propria probentur.

Nam et, si paries ab uno vicinorum in confinio aedificatus fuerit, communis est, juxta tritum illud, quo inaedificata solo cedunt ... Ex quibus autem indiciis signisque peculiaribus pro parietis communione, aut proprietate unius vicini, conjecturae probabiles desumi queant, latius enarratum vide apud Menochium de praesumt. lib. 6 praes. 73, Mascardum de probat. concl. 1150, Caepollam de serv. pr. urb. cap. 40, Mansium in libello de muro communi quaest. 1 nr. 2 et sq.

Hommel Rhaps. II obs. 301 nr. 16:

---

1) Hagemann, Landwirthschaftsrecht § 166. Koch, Schles. Archiv B. 4 S. 195 f.

2) Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum Abth. I S. 117, 118.

3) Beseler § 91 zu 1.

4) Koch, Comm. zu § 155 d. T. (Appell. Erk. v. 1834).

Digitized by Google

In muro proprietatis hoc indicium: si superne reperiuntur tegulae hamatae ad auertendam pluviam. Nam versus quam partem se inclinant et pluvias deducunt, ad eum murus pertinere praesumitur. Item ex cujus parte arcus conspiciuntur muri dominus putatur. Daher, quae POLLACCII in Mathesi forensi verba sunt, ist gleich anfänglich zu untersuchen, ob eingemauerte Bogen auf beyden Seiten, oder nur auf einer Seite befindlich. In jenem Falle ist sie gemein, im andern aber dessen, der die Bogen hat. Meistens werden bey einer gemeinen Mauer die Bogen wechselsweise, nehmlich zur Helfte auf der einen und zur Helfte auf der andern Seite angeleget.

v. Holzschuher, Theorie und Casuistik B. 2 Abth. 1 S. 78:

Ist die eine Seite der Mauer rauh, die andere glatt, so wird nach einem alten weit verbreiteten Herkommen das Eigenthum der Mauer demjenigen Nachbar zuerkannt, auf dessen Hofraith oder Grundstück sich die rauhe Seite befindet. Sind beide Seiten glatt, oder befinden sich auf beiden Seiten dieselben Rauhseiten, so streitet die Vermuthung für Gemeinschaftlichkeit.

Oesterreichisches allgemeines bürg. Gesetzbuch:

§ 857. „Ist die Stellung einer Scheidewand von der Art, daß die Ziegel, Latten oder Steine nur auf Einer Seite vorlaufen oder abhängen; oder sind die Pfeiler, Säulen, Ständer, Bachställe auf Einer Seite eingegraben; so ist im Zweifel auf dieser Seite das ungetheilte Eigenthum der Scheidewand; wenn nicht aus einer beyderseitigen Belastung, Einfügung, aus anderen Kennzeichen oder sonstigen Beweisen das Gegentheil erhellet. Auch derjenige wird für den ausschließenden Besitzer einer Mauer gehalten, welcher eine in der Richtung gleich fortlaufende Mauer von gleicher Höhe und Dicke unstreitig besitzt.

Code civil:

Art. 653. Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtimens jusqu'à l'héberge, ou entre cours, et jardins, et même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen s'il n'y a titre ou marque du contraire.

Art. 654. Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné; — lors encore qu'il n'y a que d'un côté ou un chaperon ou des filets et corbeaux de pierre qui y auraient été mis en bâtissant le mur. — Dans ces cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre.*)

---

§§ 162—167. Vergl. Heydemann B. 1 S. 448—450.

Das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch enthält nur die Bestimmung:

§ 858. In der Regel ist der ausschließende Besitzer nicht schuldig, seine verfallene Mauer oder Planke neu aufzuführen; nur dann muß er sie in

*) Vergl. Zachariä von Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. B. 2 § 329 (5. Aufl.).


Digitized by Google

gutem Stande erhalten, wenn durch die Oeffnung für den Gränznachbar Schaden zu befürchten stände. Es ist aber jeder Eigenthümer verbunden, auf der rechten Seite seines Haupteinganges für die nöthige Einschließung seines Raumes, und für die Abtheilung von dem fremden Raume zu sorgen.

---

§ 168. 1. Plathner, Geist des Preuß. Privatrechts B. 2 S. 386, 387, hebt die Eigenthümlichkeit des in Ansehung gemeinsamer Scheidungen bestehenden Rechtsverhältnisses hervor. Er sagt:

Gemeinsame Scheidungen von Grundstücken unterscheiden sich wesentlich von anderem gemeinschaftlichen Eigenthum. Bei der gewöhnlichen Gemeinschaft ist eine bestimmte besondere Sache Eigenthum mehrerer Personen. Bei gemeinsamen Scheidungen dagegen befinden sich die angrenzenden Grundstücke im besonderen Eigenthum und nur der die Scheidung bildende Theil derselben ist gemeinschaftlich.

Hieraus ergeben sich folgende rechtliche Unterschiede:

1) Bei der gewöhnlichen Gemeinschaft hat jeder Theilhaber das Recht, Theilung zu verlangen.

Gemeinsame Scheidungen dagegen haben die Bestimmung, entweder die Grenzen der Grundstücke erkennbar zu machen, oder Grundstücke von einander zu scheiden, oder endlich einen den bezüglichen Grundstücken gemeinsamen dauernden zu Zweck erreichen. Deshalb müssen die Scheidungen erhalten werden und es hat kein Besitzer des einzelnen Grundstücks das Recht, Theilung der gemeinsamen Scheidung zu verlangen.

2) Aus demselben Grunde darf über die gemeinsame Scheidung nicht nach Stimmenmehrheit verfügt werden, sondern nur durch Willensübereinstimmung.

3) Bei gewöhnlichem gemeinschaftlichen Eigenthum ist die Sache in jeder rechtlichen Beziehung gemeinsam. Bei gemeinsamen Scheidungen geht die Gemeinschaft nur so weit, als der Zweck der Scheidung erfordert. Soweit dies nicht der Fall ist, bleibt jedem Grundeigenthümer das Recht, bis zur wirklichen Grenze seines Grundstücks über den innerhalb der Grenzen seines Grundstücks befindlichen Theil der Scheidung zu verfügen, namentlich also hat jeder Grundbesitzer das ausschließliche Recht der Nutzung der gemeinsamen Scheidung innerhalb der Grenzen seines Grundstücks.

2. Kann bei Scheidungen, deren Unterhaltung den Eigenthümern der an einanderstoßenden Grundstücke gemeinschaftlich obliegt, jeder derselben sich jener Pflicht dadurch entziehen, daß er sein Eigenthumsrecht an der Scheidewand aufgibt?

Man wird diese Frage nach der eigenthümlichen Natur des obwaltenden Verhältnisses verneinen müssen. Der Grund der hier in Rede stehenden Unterhaltungspflicht ist nicht das Eigenthumsrecht an der Scheidung, sondern das Eigenthumsrecht an den durch die Scheidung von einander getrennt zu haltenden Grundstücken. Nur auf diesen, nicht auf der Scheidung selbst ruht daher jene Pflicht, als eine das Eigenthum beschränkende Last. Der Grundeigenthümer

Digitized by Google

kann sich eben deshalb dieser Last nur dadurch entschlagen, daß er sein Grundeigenthum, zu dem die Scheidung gehört, aufgibt. Eine solche Scheidung erscheint hier gar nicht als ein selbständiges Vermögensstück, das in sich einen Werth hat. Ihr Werth besteht nur in den Diensten, die sie den Grundstücken leistet, nämlich in den Vortheilen und Annehmlichkeiten der Abschließung. Nur um dieser Vortheile Willen liegt es in dem beiderseitigen Interesse, die Scheidung zu unterhalten. Wollte man nun eine Dereliction der Scheidung mit der Wirkung zulassen, daß nunmehr dem Nachbar allein die Unterhaltungspflicht zufiele, so hieße dies nichts Anderes, als dem städtischen Grundbesitzer die Möglichkeit gewähren, auf die leichteste Weise mit einem geringen, oft kaum nennenswerthen Opfer dem Nachbar für alle Zeiten die alleinige Unterhaltung der Scheidung zuzuwälzen, also fernerhin auf alleinige Kosten desselben die Vortheile der Einfriedigung seines Hofes oder Gartens zu genießen. Und wie sollte es nun werden, wenn beide Nachbarn von diesem bequemen Mittel, sich von einer gesetzlichen Pflicht loszusagen, Gebrauch machen? Soll *etwa* Fiskus vermöge seines ausschließlichen Occupationsrechtes an verlassenen unbeweglichen Sachen ins Mittel treten? Man sieht, daß hier eigenthümliche Verhältnisse vorliegen, welche die Anwendung der gewöhnlichen Grundsätze nicht zulassen.

Von einem anderen Gesichtspunkte scheint das Französische Recht auszugehen. Der Code civil enthält die Bestimmung:

> art. 656. „Cependant tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions en abandonnant le droit de mitoyenneté, pourvu que le mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne.“ 1)

Allein die Mehrzahl der Französischen Juristen hält diese Vorschrift auf eigentliche Scheidewände, deren der art. 663 2) gedenkt, nicht für anwendbar.3)

3. Nach den eben angegebenen Grundsätzen wird auch folgender Fall zu entscheiden sein.

Eine Gränzmauer, welche den Eigenthümern an einander stoßender Grundstücke gemeinschaftlich gehört und daher gemeinsam von ihnen

---

1) Vergl. Zachariä von Lingenthal a. a. O. § 239.

2) „Chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et reparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins assis èsdites villes et faubourgs . . .“

3) Pardessus nr. 168. Delvincourt T. 3 p. 47. Duranton nr. 319. Vergl. Thilo, die Controversen des franz. Civilrechts S. 162, 163.

Digitized by Google

zu unterhalten ist, wird baufällig. Der eine Miteigenthümer fordert den Nachbar vergeblich zur gemeinschaftlichen Wiederherstellung der Mauer auf. Für sich allein will er den Bau nicht übernehmen, weil er Grund hat, zu besorgen, daß der seinen Nachbar treffende Kostenantheil von diesem nicht zu erlangen sein werde. Er schreitet daher gegen denselben zur Klage mit dem Antrage, den Verklagten zur Instandsetzung der Mauer auf gemeinschaftliche Kosten zu verurtheilen. Während des Prozesses stürzt jedoch die Mauer ein und verursacht dem Kläger beträchtlichen Schaden.

Ist der Verklagte zum Ersatze dieses Schadens oder doch der Hälfte desselben verpflichtet?

Für die Verneinung ließe sich geltend machen: es fehle an einem besonderen Obligationsverhältnisse zwischen den beiden Nachbarn, welches einen jeden derselben dem Andern gegenüber zur gemeinsamen Unterhaltung der Mauer verpflichte. Allerdings bestehe nach den vom gemeinschaftlichen Eigenthum überhaupt geltenden Grundsätzen die gesetzliche Pflicht eines jeden Theilnehmers nach Verhältniß seines Anrechts „zu den Lasten der Sache und zu den Kosten, welche darauf zu verwenden sind, beizutragen" — § 45 Tit. 17 Th. I des Allg. Land-Rechts. — Allein selbst die vorsätzliche Verabsäumung dieser Pflicht begründe keine andere Verbindlichkeit, als „seinen Antheil den übrigen Miteigenthümern nach einer gerichtlich aufgenommenen Verkaufstaxe zu überlassen" — § 46 das. Der Einsturz der Mauer sei hiernach ein Zufall, den jeder Eigenthümer zu tragen habe.*)

Dieser Gesichtspunkt ist jedoch schwerlich als richtig anzuerkennen. Die hier fragliche Pflicht zur Unterhaltung einer gemeinschaftlichen Scheidewand ist von ganz anderer Natur als die nach § 46 a. a. O. den Miteigenthümern obliegende Pflicht „zur nutzbaren Erhaltung der Sache." Es muß auch hier wiederholt werden, daß jene Pflicht nicht in dem gemeinschaftlichen Eigenthume an der Scheidung, sondern in dem gemeinsamen Interesse der von einander zu scheidenden Grundstücke beruht, daß also dabei nicht das Verhältniß der Miteigen-

*) Vergl. Ulp. l. 40 § 1 D. de damn. inf. (39, 2): Quoties communis parietis vitio quid accidit, socius socio nihil praestare debet, quum communis rei vitio contigerit. Quodsi, quia alter eum presserat vel oneraverat, idcirco damnum contigit, consequens est dicere, detrimentum hoc, quod beneficio ejus contigit, ipsum sarcire debere. Quod si aequaliter utriusque oneribus pressus decidit, rectissime Sabinus scripsit, parem utriusque causam esse. Sed si alter plures vel pretiosiores res amiserit, melius est dicere, quia ambo onera imposuerunt, neutri adversus alterum competere actionem.

Digitized by Google

thümer unter einander, sondern das Nachbarverhältniß zwischen zwei Grundstücken das entscheidende Moment ist, mit andern Worten, daß der Kläger nicht in seiner Eigenschaft als Miteigenthümer der Scheidemauer, sondern als Alleineigenthümer des dadurch zu schützenden Hofraumes oder Gartens von dem Verklagten die Instandsetzung der Mauer auf gemeinschaftliche Kosten zu fordern hatte. Auf einen Fall dieser Art läßt sich daher die oben erwähnte Vorschrift des § 46 nicht zur Anwendung bringen. Hiernach wird es kein Bedenken haben, den Verklagten für den eingetretenen Schaden, seinem vollen Umfange nach, verantwortlich zu machen, da dieser Schaden nicht hätte eintreten können, wenn der Verklagte seiner Pflicht zur gehörigen Zeit nachgekommen wäre.

---

§ 169. Vergl. Code civil art. 663: „...... la hauteur de la clôture sera fixée suivant les règlemens particuliers ou les usages constans et reconnus; et, à défaut d'usages et de règlemens, tout mur de séparation entre voisins qui sera construit ou retabli à l'avenir doit avoir au moins trente-deux décimetres (dix pieds) de hauteur, compris le chaperon, dans les villes de cinquante mille âmes et au-dessus, et vingt-six décimetres (huit pieds) dans les autres.“ *)

---

§§ 174—177.

v. Bülow und Hagemann, pract. Erört. B. 1 Nr. 34 S. 190, 191: In Ermangelung anderer gesetzlicher Bestimmung muß der, welcher eine Hecke einrichten will, mindestens 2 Fuß von der Grenze, wo vorhin die Planke gestanden, auf seinen Grund und Boden einrücken,

Michaelis, allgemeines Bauernrecht (Braunschweig 1781) S. 41 damit die Wurzeln und Zweige nicht auf des Nachbars Grund kommen, und durch die Hecke dem Nachbargrundstücke Sonne und Wind nicht entzogen wird. — Will hingegen Jemand seine Hecke hinwegnehmen, und statt derselben eine Planke oder ein Staucket ziehen lassen, so ist er auch befugt, 2 Fuß von den Stämmen der Hecke an gemessen damit vorzurücken, weil die Vermuthung eintritt, daß bei vormaliger Anlegung der Hecke der Eigenthümer derselben um so viel von seinem Grund und Boden zurückgewichen ist.

Strube, rechtliche Bedenken I. 219: Vermöge des an manchen Orten hergebrachten Heckenrechts muß derjenige, der statt einer Planke eine Heinbuchen-Hecke pflanzen will, 3 Fuß auf seinem Grund und Boden zurückweichen, mithin 3 Fuß außerhalb der Hecke liegen lassen. Wer hingegen eine Hecke wegnehmen und eine Planke dafür setzen will, ist berechtigt, die 3 Fuß wieder einzunehmen, mithin die Planke 3 Fuß weiter hinauszurücken, als wo die Stämme der hinweggenommenen Hecke standen.

Gebr. Overbeck, Meditat. B. 4 Nr. 227: Wer statt einer Hecke eine Planke setzen läßt, kann die observanzmäßige Weite wieder herausrücken.

*) Vergl. Thilo, die Controversen des franz. Civilrechts S. 164.


Digitized by Google

Delbrück. Landr. S. 24. Eine lebendige hecke hat an des nachbarn grunde einen **tropfenfall** von 1½ fuß, weil ihr anpflanzer so viel von seinem eignen Grunde liegen laßen muß, daher er auch, vor dem zaun stehend, so weit er mit ellenlangem bardenhelf darüber reichen kann, befugt ist, wegzuhauen; bei setzung einer todten hecke braucht er dem nachbarn nichts zu reichen, darf aber auch keinen tropfenfall verlangen.

Kraut, Grundriß § 133 Nr. 8.

Code civil art. 672: „Le voisin peut exiger que les arbres et **haies** plantés à une moindre distance (d'un demi-mètre) soient arrachés....[1])

Vergl. auch v. Holzschuher, Theorie u. Casuistik B. 2 Abth. 1 S. 123, 124.

§ 178 f.

Bluntschli, deutsches Privatrecht § 87 S. 248 (2. Auflage): Gewöhnlich werden Grünhecken, welche zwischen zwei Grundstücken scheiden, gemeinsam und dann auf der Grenze selbst gepflanzt, und daher darf auch im Zweifel, wenn nicht aus der Art des Verschlusses sich die Berechtigung nur des einen Grundbesitzers ergibt, angenommen werden, solche Grünhecken seien gemeinsam.

Sprichwort: Mit den Nachbarn hebt man den Zaun auf.

Von Erhöhungen und Erniedrigungen des Bodens.

§§ 185—187. 1. Dem gemeinen Recht sind Einschränkungen dieser Art unbekannt.

So wird in einem Erkenntnisse des O. A. G. zu Lübeck ausgesprochen:

Bloße Veränderung und Erhöhung der Erdoberfläche (Terrassenanlage) gehören ebensowenig als Anpflanzungen zum Begriffe eines Baues.

Römer's Sammlung der Entsch. des O. A. G. zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen I S. 40.

2. Unter dem Ausdrucke „Mauer" im § 185 ist nicht auch die Grundmauer eines Hauses zu begreifen.

Dies ist in einem Erkenntnisse des Appellationsgerichts zu Hamm vom 1. Oktober 1857 (in Sachen Klee wider Wietis) in folgender Art ausgeführt:

Was den Antrag des Klägers betrifft, daß der Verklagte die Erhöhung seines Hofraumes in einer Entfernung von wenigstens 3 Fuß von der Grundmauer des klägerischen Hauses abtrage, so trifft hierbei die Bestimmung des § 185 nicht zu. Diese Vorschrift ist keineswegs auf den Fall auszudehnen, wenn Jemand seinen Grund und Boden in einer größeren Nähe als 3 Fuß von der Grundmauer des Nachbarhauses erhöht. Es ergibt sich dieses aus dem Zusammenhange des gedachten Paragraphen mit dem § 149.[2]) Denn nur zum Schutze solcher Zäune, Planken, **Mauern** u. s. w. ist der Nachbar an die Entfernung von 3 Fuß bei Erhöhung seines Grundes und Bodens gebunden. Unter diesen Scheidungen sind aber nur diejenigen zu verstehen, welche zwischen einzelnen Grundstücken, ganz abgesehen von Häusern, errichtet sind, wie sich dies ganz unzweifelhaft aus den folgenden Bestimmungen ergibt, indem die nachbarlichen Rechte in Betreff der Häuser in den vorhergehenden Paragraphen abgehandelt sind.

1) Vergl. Zachariä von Lingenthal, Handb. des Franz. Civilrechts B. 2 § 241 (5. Auflage).

2) „In der Regel ist ein Jeder seine Grundstücke durch Zäune, Planken, **Mauern**, oder andere Scheidewände von den Grundstücken seines Nachbars zu trennen berechtigt."

Digitized by Google

3. Rücksichtlich der Frage:

Ist ein Grundbesitzer in dem Falle, wenn der anstoßende Grund und Boden erniedrigt wird, ohne daß, der Vorschrift des § 187 gemäß, ein Wall von drei Fuß breit gegen die benachbarte Verzäunung stehen bleibt, nur dann befugt, dieserhalb seinen Nachbar in Anspruch zu nehmen, wenn er den Nachweis führt, daß die Erniedrigung des Bodens von diesem selbst oder mit seinem Wissen vorgenommen worden sei?

ist auf den im B. III S. 259 f. dieser „Beiträge“ mitgetheilten Rechtsfall zu verweisen.

---

§ 188. Berger oecon. jur. Lib. III tit. VI th. IV Not. 5: ... fossae, Feldgraben, quo loco obiter monendum, eum praesumi dominum, an dessen Seite die Auflage sive der Aufwurff eines Grabens ist, prout fac. Vitemb. respond. M. Majo 1711.

Hommel Rhaps. II. 301 nr. 3, 4: „Wem der Hagen, dem ist auch der Graben.“ Mevius P. 7 dec. 373. Hert lib. 1 paroem. 23, hoc est: Cui sepimentum, illius est fossa proxime adjacens. Ceterum indicium domini fossae etiam agger, ut in cujus fundum effossa terra jacta sit, ad eum pertinere judicetur. Der Graben gehört demjenigen, auf dessen Seite der Aufwurf gemachet.

v. Bülow und Hagemann, pract. Erört. B. 1 S. 192: Graben, die nur zu Befriedigungen dienen, sind entweder bloße Grenzgraben, oder sie werden zur Beschützung der Zäune und Hecken angelegt. Jene gehören und sind von demjenigen zu unterhalten, auf dessen Grund und Boden der Aufwurf befindlich ist; denn Niemand darf auf eines Andern Grund und Boden den Aufwurf machen. Bei diesen gehört das Eigenthum dem zu, welchem der Zaun eigen ist; „dem der Hagen ist, dem ist auch der Graben.“ Eisenhardt's Grundsätze des deutschen Rechts in Sprichwörtern S. 215.

Code civil art. 666. Tous fossés entre deux héritages sont présumés mitoyens s'il n'y a titre ou marque du contraire.

Art. 667. Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé.

Art. 668. Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve.*)

---

§ 189. Hommel Rhaps. II obs. 301 nr. 5: ZINKIVS in Lexico Oeconomico sub verbo Trauffe ita definit: Traufe nennt man den Abfall des Wassers, wenn es bey dem Regen über das Dach auf den Erdboden rinnet. Und weil denn das Dach jedesmal etwas weiter über die vordere Wand hervorragen muß, damit selbige um so vielmehr für den Regen verwahret sey, folglich auch die Traufe weiter herabfället, so heiset man ebenfalls auf dem Erdboden den Raum, von der Grundmauer des Hauses angerechnet, bis an den Ort, wo das Wasser vom Dache auffällt, die Traufe. Solche ist mit einem besondern Rechte beleget, so daß kein Nachbar an des andern Traufe so nahe bauen darf, daß dadurch der Abfluß des Wassers verhindert werde, oder ein anderer Nachtheil dem Besitzer des Traufrechtes daraus erwachsen könne, und eben dieses heiset das Traufrecht.

Sachsenspiegel II. 49 § 1: „It ne mut nieman sine ovese (Traufe) hengen in eines anderen mannes hof.“

Der § 189 ist eigentlich schon im § 123 enthalten. Es ist dies eine

---

*) Vergl. Zachariä von Lingenthal § 239 zu II. Thilo, die Controversen des franz. Civilrechts S. 165.

Digitized by Google

zufällige Folge der mit dem (gedr.) Entwurfe vorgenommenen Aenderungen.

S. hierüber Heydemann, Einleit. in das System des Pr. Civilr. I S. 430 Note 923.

Aufhebung der vorstehenden Einschränkungen.

§ 191. 1.

l. 12 § 1 C. de aedif. priv. (8, 10): .... sancimus, ut si pactum vel stipulatio aedificanti suffragetur, liceat ipsi secundum vim pacti et stipulationis aedificare, etiam si officere vicinis, quibus pactum adversatur, ita aedificando videatur. § 4. Qui autem ex pacto vicini aedificant, intra definitum ab eis modum aedificent; tunc enim et eo non custodito spatio permittimus attollere aedificia, etiamsi prospectum adimant iis, qui consenserunt, et pacti sunt, aut qui in eorum domos successerunt, quandoquidem competentia jam quibusdam ex conventione jura per generalem auferri legem non oportet.

2. Die Frage,

ob eine vertragsmäßige Aufhebung einer zum Besten der Nachbarn bestehenden Einschränkung auch dem Singularnachfolger desjenigen, zu dessen Gunsten die Entsagung geschieht, zu Statten komme,

ist in folgendem, durch das Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom 30. September 1834 entschiedenen Rechtsfalle zur Sprache gekommen:

Auf Grund eines angeblich in Lübeck bestehenden Gewohnheitsrechtes hatte Kläger vom Beklagten, welcher in einem ihm gehörigen, dem klägerischen Hause benachbarten Speicher einen Pferdestall eingerichtet hatte, die Wegnahme dieses Pferdestalles verlangt, und war dem ersteren über das behauptete Gewohnheitsrecht Beweis auferlegt, zugleich aber dem Beklagten, seinem Vorbringen gemäß, der Beweis nachgelassen worden, „daß Kläger gegen Ueberlassung einer Treppe dem C. die Zusicherung ertheilt habe, der Einrichtung eines Pferdestalles in dem fraglichen Gebäude nicht widersprechen zu wollen und daß Beklagter dieß Gebäude von C. käuflich erstanden habe." Die Beschwerde des Klägers darüber, daß dem Beklagten dieser Beweis gestattet worden, wurde aus folgenden Gründen verworfen:

Die vom Kläger aufgestellte Regel, daß man aus Verträgen, die unter andern Personen geschlossen sind, keine Rechte herleiten könne, leidet hier eine Ausnahme, wo ein ausdrückliches Gesetz vorschreibt, daß ein Vertrag, der von einem Dritten mit dem Verkäufer abgeschlossen ist, dem Käufer zu Gute kommen soll.

Fr. 17 § 5 de pactis (2, 14).

Zwar wird dabei hauptsächlich ein pactum in rem constitutum vorausgesetzt, allein dieß bezeichnet nur den Gegensatz von einem pactum in personam, d. h. von einem solchen Vertrage, der ausdrücklich auf die Person, der man ein Versprechen geleistet hat, beschränkt ist, was in der Regel nicht vermuthet wird.

Schweppe, röm. Priv.-R. 4. Aufl. Bd. 3 § 412.

Nun muß man freilich dem Kläger zugeben, daß nach dem Geiste des römischen Rechtes in jener Stelle nur von liberatorischen Verträgen die Rede ist, allein ein solcher Vertrag wäre auch hier wirklich vorhanden, wenn der Beklagte den ihm eventualiter gestatteten Beweis führen sollte; denn es hätte in solchem Falle der Kläger gegen den Verkäufer des Beklagten sich eines vermeintlich ihm zustehenden Widerspruchsrechtes begeben; er hätte versprochen, von diesem Rechte keinen Gebrauch machen zu wollen, mit andern Worten, keine Klage dieserhalb anzustellen.

F. 7 § 8, fr. 17 § 3, 4, 7, fr. 57 § 1 eod.

Seuffert, Archiv B. 13 Nr. 16.


Digitized by Google

Abhandlungen.

Nr. 9.

Beiträge aus der Praxis zur Lehre von dem Einwande der rechtskräftig entschiedenen Sache.

Von Dr. J. A. Gruchot.

Die ebenso wichtige als schwierige Lehre von der Rechtskraft des Urtheils ist in neuerer Zeit vielfach zum Gegenstande theoretischer Erörterungen gemacht worden.*) So hoch aber auch das Verdienst dieser wissenschaftlichen Arbeiten anzuschlagen sein mag, so dürfen wir doch nicht vergessen, daß wir hier ein Gebiet vor uns haben, auf dem vorzugsweise die Praxis zu wirken berufen ist und daß erst durch sie jene abstracten Entwickelungen Leben und Gestalt gewinnen können. Wir glauben daher den Versuch wagen zu dürfen, einzelne Theile dieses Gebietes an der Hand der Praxis zu durchwandeln, bemerken aber von vornherein, daß die interessante Lehre von der Rechtskraft der Urtheilsgründe vorläufig ausgeschlossen und einer besonderen Erörterung vorbehalten bleiben soll.

Die Voraussetzung des Einwandes der rechtskräftig entschiedenen Sache (exceptio rei judicatae) ist einfach: daß derselbe Anspruch (eadem res, eadem quaestio) unter denselben Personen (inter easdem personas) erneuert wird, also die objektive und subjektive Identität des Rechtsstreits: Identität des Gegenstands des Rechtsstreits, Identität der streitenden Parteien.

*) Vergl. die Literatur-Angabe in der Abhandlung des App. G. R. Dr. Förster: „Einiges zur Lehre von der Rechtskraft" (in diesen „Beiträgen" Jahrg. II S. 344 Note). Es können noch hinzugefügt werden: Kierulff, Theorie I S. 42 f., 249 f., 303 f. Arnold, Prakt. Erörterungen aus dem Rechtsgebiete (1844) Heft II Nr. XI: „Ueber den Umfang und die Grenzen der res judicata" S. 260—329. Windscheid, die Aktio des röm. Civilrechts (1856) §§ 10—13. Wetzell, System des ordentl. Civilproz. § 47. Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon B. 11 S. 762—867. Brinz, Lehrbuch der Pandekten (1856) § 45.

W. Endemann, das Princip der Rechtskraft (Heidelberg 1860. Dazu die Rezension Windscheid's in Pözl's Krit. Vierteljahresschrift III S. 112—117).

Vorzugsweise ist aber zu verweisen auf die treffliche Darstellung Unger's in seinem System des österr. allgem. Privatrechts B. 2 (1859) §§ 132, 133.

Digitized by Google

Ulp. l. 3 D. h. t. (44, 2): Julianus lib. 3 Dig. respondit: exceptionem rei judicatae obstare, quoties eadem quaestio[1]) inter easdem personas revocatur . . .

Idem l. 7 § 4 eod.: Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur . . .

Neratius l. 27 eod.: Cum de hoc, an eadem res sit, quaeritur, haec spectanda sunt: personae; id ipsum de quo agitur . . .

Beide Erfordernisse hängen so genau zusammen, daß streng genommen eine getrennte Behandlung derselben nicht gerechtfertigt erscheint. Es ergiebt sich dies schon aus der Natur des rechtskräftigen Endurtheils. Dasselbe enthält die definitive richterliche Entscheidung eines unter bestimmten Parteien obwaltenden Rechtsstreits, also die richterliche Feststellung eines concreten Rechtsverhältnisses,[2]) das eben nur das zwischen den damaligen Streittheilen bestehende ist, so daß von eadem res oder eadem quaestio immer nur unter vorausgesetzter Identität der streitenden Parteien die Rede sein kann. Hiernach bildet diese subjektive Identität, von der wir zuerst handeln wollen, nur ein einzelnes Moment der Identität des Rechtsstreits überhaupt.

I. Identität der streitenden Parteien.[3])

Es kommt in dieser Hinsicht der bekannte Grundsatz zur Anwendung: res judicata jus facit inter partes.[4])

---

1) Eadem quaestio ist gleichbedeutend mit eadem res und eadem causa. Vergl. l. 7 § 1 D. h. t.: Et quidem ita definiri potest, toties eandem rem agi, quoties apud judicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est. l. 54 D. de judic. (5, 1): . . major enim quaestio minorem causam ad se trahit.

2) „In dieser endgültigen Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses, in dieser Verwandlung des ungewissen (illiquiden) Rechtsanspruchs in einen gewissen (liquiden) besteht die materielle Rechtskraft des Urtheils (rerum judicatarum auctoritas): die res judicata ist der durch Urtheil definitiv festgestellte Rechtsanspruch, der streitige Anspruch als unstreitiger, d. h. als gerichtlich anerkannter (zuerkannter, zugesprochener) oder aberkannter (abgesprochener). Das (formell) rechtskräftige Urtheil regelt das Rechtsverhältniß der Parteien in unumstößlicher Weise, indem es fortan unter ihnen als die ihre Rechtsbeziehung unbedingt bestimmende Norm, als Gesetz für dieses concrete Rechtsverhältniß gilt . . ."

Unger a. a. O. S. 617, 618.

So wird auch in einem Erkenntnisse des L. G. zu Wolfenbüttel vom 23. Februar 1829 gesagt: Die Rechtskraft begründet ein Rechtsverhältniß — ein Gesetz in concreto unter den Parteien . . .

Matthiä, Controversen-Lexicon II S. 241.

3) Vergl. Keller, Litiscont. und Urtheil §§ 37—48. Kierulff I S. 303 f. Arnold S. 304 f. Savigny Syst. VI § 301. Wetzell S. 422—426.

4) „Das rechtskräftig gewordene Endurtheil enthält die definitive richterliche Ent-

Digitized by Google

Ulp. l. 1 D. h. t.: Quum res inter alios judicatae nullum aliis praejudicium faciant .....

l. 2 C. quib. res jud. non noc. (7, 56): Res inter alios judicatae neque emolumentum afferre iis, qui judicio non interfuerunt, neque praejudicium solent irrogare ...

l. ult. eod.: Nec in simili negotio res inter alios actas absenti praejudicare, saepe constitutum est.

l. 2 C. de except. (8, 36): ... Nam exceptio rei judicatae ei demum obstat, vel successoribus ejus, inter quos cognitum super ea re et pronuntiatum est.

Mevii Decis. V. 148: ... aliis minime proficit sententia, ideoque nec rei judicatae exceptio, sed, illa non obstante, quod inter alios decisum, inter alios in disceptationem reduci poterit, et, cum post hanc aliud pronunciatur, frustra allegat, sententiam repugnare rei judicatae, cum pro alio, non pro ipso sic judicatum sit.[1])

1. Von diesem Rechtssatze, daß aus einem zwischen andern Personen gesprochenen rechtskräftigen Urtheile weder für noch wider den Dritten die Einrede der Rechtskraft abgeleitet werden könne, macht auch das eheliche Verhältniß keine Ausnahme.

Exceptionem rei judicatae non dari feminae, si quidem eadem actione conveniatur, a quà jam ante maritus ejus fuit absolutus. Ita Fac. Vitemb. respondit M. Martio 1699.

Berger, oecon. jur. Lib. IV tit. XXII th. V not. 6.

2. Dagegen wird als eine weitgreifende Ausnahme der Satz aufgestellt, daß bei allen Prozessen über Status- und Familienverhältnisse das entgegengesetzte Prinzip gelte: „Res judicata jus facit inter omnes“ — ein Satz, der jedoch in dieser Allgemeinheit nicht anzuerkennen ist.[2])

So hat auch das O. A. G. zu Dresden in einem Erkenntnisse vom 19. Juli und 7. November 1849 jenen Satz auf Alimentenansprüche wegen außerehelicher Vaterschaft in folgendem Rechtsfalle für unanwendbar erklärt.

Im Jahre 1837 hatte Anna Margaretha W. gegen August Friedrich B. als Vormund seines damals minderjährigen Sohnes Christian Wilhelm B.

---

scheidung des Rechtsstreits, es bildet wie das Ziel so das Ende desselben, da das streitige Rechtsverhältniß durch den richterlichen Ausspruch definitiv festgestellt, die Sache durch das Urtheil erledigt, res judicata ist (res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione judicis accepit l. 1 D. de re jud. 42, 1).“

Unger, a. a. O. S. 604, 605.

1) Nicht zu verwechseln sind hiermit die res judicatae als Erkenntnißquelle des Rechts — auctoritas rerum judicatarum — das durch die praktische Thätigkeit des Juristenstandes zur Erscheinung gekommene Recht.

2) Vergl. hierüber Keller a. a. O. § 47.

Digitized by Google

eine Klage auf Alimentation des von letzterem mit ihr erzeugten Kindes erhoben. Nachdem der Sohn den Beischlaf abgeschworen, wurde auf Entbindung von der Klage erkannt und dieses Erkenntniß rechtskräftig. Unter dem 8. Mai 1838 stellte Johann Friedrich W., der Vater der früheren Klägerin als Altersvormund des von dieser gebornen Kindes, anfänglich wider denselben Beklagten, später aber gegen den mittlerweile volljährig gewordenen Sohn die Alimentenklage an, wurde aber, in Folge der von dem Beklagten entgegengesetzten exceptio rei judicatae, rechtskräftig in dem angebrachten Maße abgewiesen. Im J. 1847 erhob derselbe Johann Friedrich W. eine neue Klage gegen den Christian Wilhelm B., diesmal in eigenem Namen, auf Ersatz der mittlerweile von ihm bestrittenen Alimente des mehrerwähnten Kindes. — In den beiden ersten Instanzen erfolgten abermals, nachdem Beklagter sich auf res judicata berufen, abweisende Erkenntnisse, indem, „wenn einmal gegen die uneheliche Mutter eines Kindes entschieden ist, daß eine bestimmte Person ihr Schwängerer nicht sey, diese Entscheidung, da sie ein Statusverhältniß betrifft, auch allen anderen Personen, welche jenen Mann als Schwängerer in Anspruch nehmen wollen, mit Rechtswirkung entgegengesetzt werden kann.“ — Der oberste Gerichtshof folgte einer andern Ansicht. „Allerdings gibt es Fälle, in welchen der Grundsatz gilt: res judicata jus facit inter omnes, und dahin werden namentlich die den Status betreffenden Klagen gerechnet. Allein so viel scheint gewiß, daß die Klage, deren Ausgang für und gegen Alle gelten soll, eine wirkliche quaestio status betroffen haben müsse.... Mit Recht ist das Wesen jener exceptionellen Rechtsregel von neueren Schriftstellern auf die Fälle zurückgeführt worden, wo der Fremde, auf welchen die Wirkung der Rechtskraft bezogen werden soll, durch eine der Parteien vertreten war. Dieses kömmt allerdings bei Klagen zur Anwendung, welche einen persönlichen Zustand (status), namentlich ein Familienrecht zum Gegenstand haben, ... aber nur dann, wenn ein justus contradictor den Streit geführt hat,

Fr. 3 de collus. (40, 16),

und der Sinn dieser Bedingung ist ein sehr eingeschränkter.

Savigny, System Bd. 6 S. 474 Note q*)

Dieß alles findet auch in dem Inhalte des Titels der Digesten de partu agnoscendo Unterstützung, und nur in diesen Gränzen gilt dann der Ausspruch: placet enim, ejus rei judicem jus facere, d. h. jus inter omnes.

Savigny a. a. O. S. 472.

Im übrigen, d. h. ohne daß es sich in der gedachten Modalität um Familienrechte, welche gegen alle Mitglieder der Familie gelten sollen, handelt, bleibt es bei der Beschränkung der Gültigkeit der res judicata.

Vgl. Keller v. d. Litis-Contestation S. 399.

Aus allem dem folgt von selbst, daß auf Alimentenklagen hinsichtlich eines unehelichen Kindes jene Ausdehnung der Rechtskraft nicht statthaft sey.

Seuffert, Archiv B. 3 Nr. 388.

---

*) Der Rechtsstreit soll (wenn es sich von der rechtmäßigen Geburt eines Kindes und der davon abhängigen Gewalt handelt) von dem Vater oder (bei Streiten über die Ingenuität) von dem wahren Patron oder dem einzigen Patronatsprätendenten geführt worden seyn.

Digitized by Google

Dagegen wurde in einem Erkenntnisse des Hofgerichts zu Gießen angenommen:

Ein zum Nachtheil der Mutter eines außerehelichen Kindes auf eine gegen den Schwängerer auf Grund angeblichen Eheverspruchs erhobene Paternitäts- und Ehevollzugs-Klage ergangenes Erkenntniß begründet die exc. rei jud. gegen die Klage des seine Kindesrechte später selbst verfolgenden außerehelichen Kindes.

Der Rechtsfall war folgender:

Die Ehefrau des H. G. von Frankenbach hatte gegen L. S's. Ehefrau daselbst eine Klage erhoben, worin sie sich als ein, wenn auch außerehelich, doch unter Eheverspruch erzeugtes Kind des nun verstorbenen C. G., Vaters der Beklagten, bezeichnete und darauf antrug, daß Bekl. schuldig erkannt werde, ihr Miterbrecht am Nachlaß des C. G. anzuerkennen. Bekl. leugnete die Klagfacten und schützte unter Anderen die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache vor, indem sie sich darauf berief, daß schon die Mutter der Klägerin mit einer gegen C. G. selbst erhobenen Klage auf Anerkennung der Vaterschaft ihres damals noch ungebornen angeblich unter Eheverspruch gezeugten Kindes und auf Vollzug der Ehe wegen nicht geführten Beweises ihrer desfallsigen Klagbehauptungen, (d. h. wegen Ableistung des dem Bekl. über die Klagfacten zugeschobenen Eides) abgewiesen worden sei. Klägerin bestritt die Zulässigkeit der exc. rei judic., behauptend, daß sie ein eignes selbstständiges Recht verfolge, daß sie ein unveräußerliches Recht auf ihren Status habe, das durch ein gegen ihre Mutter etwa ergangenes Urtheil, dessen Existenz aber bestritten werde, nicht verloren werden könne. In 1. Instanz wurde die Einrede verworfen, in 2. Instanz (Hofgericht zu Gießen) dagegen unter Voraussetzung des Beweises der früheren Abweisung der Mutter der Klägerin mit einer gegen den Vater der jetzigen Beklagten erhobenen, auf Eheverlöbniß mit demselben fundirten Klage für begründet erklärt, und dieß zwar aus folgenden Gründen: Die Mutter der jetzigen Klägerin habe in dem früheren Processe insofern zunächst ihr Recht gegen C. G. verfolgt, als sie auf Grund ihrer durch Bekl. angeblich unter Eheverspruch erfolgten Schwängerung denselben für schuldig zu erkennen gebeten, sie zu ehelichen. Indessen sei von ihr daneben auch die Bitte gestellt worden, den Bekl. zu verurtheilen, sich zum Vater ihres (damals noch ungeborenen) Kindes zu bekennen. Jedenfalls habe sie schon durch Anstellung der Klage auf Ehevollzug mit im Interesse ihres Kindes gehandelt, indem durch ein der Klagbitte entsprechendes Erkenntniß auch die Rechte des Kindes als eines ehelichen zur Anerkennung gekommen sein würden, und die Rechte des Kindes sei die Mutter als natürliche Vertreterin desselben geltend zu machen vollkommen befugt gewesen. Wie das Klagrecht der Mutter auf der Behauptung beruht habe, daß das Kind von C. G. mit ihr gezeugt worden, nachdem der Schwängerung ein Eheversprechen vorausgegangen sei, so beruhe auch die jetzige Klage der Tochter darauf, daß sie ein unter Eheverspruch gezeugtes Kind sei. Möge es sich hier auch von einem Status-Recht handeln, so sei dasselbe doch durch die Existenz eines Ehe-

Digitized by Google

versprechens zwischen der Mutter der Klägerin und dem Vater derselben bedingt, dessen Nichtexistenz aber der Mutter der Klägerin gegenüber bereits ausgesprochen, und dieser Ausspruch binde auch die Klägerin, weil sie eben aus dem Eheverspruch, also einem Rechtsgeschäft ihrer Mutter, Rechte ableite (vgl. Sintenis, Civilrecht Bd. I. § 34 S. 345 Note 33). Die Entscheidung über einen die Grundlage der beiderseitigen Ansprüche bildenden streitigen Punkt müsse auch der Tochter präjudiciren. Allerdings heiße es in fr. 3 § 3 D. 12, 2 (vgl. mit fr. un. pr. D. 25, 6): „— patris jusjurandum (de eo, an praegnans sit) partui non proficiet nec nocebit, si mater detulerit et juretur, ex eo praegnans non esse.“ Allein hier sei von einer Ehefrau oder Wittwe die Rede, welche um B. P. ventris nomine nachsuche. Wenn in diesem Falle auch ein Eid über die Schwangerschaft oder Nicht-Schwangerschaft von der Frau oder Wittwe geschworen und dadurch die B. P. entweder ertheilt oder versagt worden wäre, so solle doch damit die Sache nicht abgethan sein, vielmehr müsse später post editum partum die Wahrheit über die Urheberschaft der Schwangerschaft erforscht werden. Ebenso stehe fest, daß, wenn von Seiten der Frau, im Falle der Mann die Paternität bestreite, die Vorschriften des SCtum Plancianum und das SCt. sub Hadriano factum zur Sicherung der Paternitätsklage nicht befolgt worden, dieses dem Kinde nichts schaden solle, so wie umgekehrt auch der Mann, wenn Er eine Vorsichtsmaaßregel versäume, darunter nicht leiden solle (fr. 1 § 15 D. 25, 3). Allein diese singulären die Sicherung der Rechte ehelicher Kinder bezweckenden Vorschriften fänden auf den vorliegenden davon verschiedenen Fall keine Anwendung.

Archiv für prakt. Rechtswiss. VI (Marburg u. Leipzig 1858) S. 175, 176.

Wir halten die zuerst mitgetheilte Entscheidung des O. A. G. zu Dresden nicht für begründet, wohl aber die des Hofgerichts zu Gießen, und zwar auch nach Preußischem Recht.

Was den ersteren Rechtsfall betrifft, so sind wir gerade umgekehrt der Ansicht, daß der im Jahre 1838 von dem Johann Friedrich W., dem Vater der früheren Klägerin, als Altersvormund des von dieser geborenen Kindes angestellten Alimentationsklage die exceptio rei judicatae nicht entgegenstand, daß dagegen, nachdem diese Klage rechtskräftig verworfen, Johann Friedrich W. durch dieses Judicat gehindert war, nunmehr im eigenen Namen auf Ersatz der von ihm bestrittenen Alimente zu klagen. — In ersterer Beziehung ist wohl zu beachten, daß die frühere Klägerin Anna Margaretha W. mit ihrer Klage nur wegen Beweisfälligkeit, nämlich aus dem Grunde abgewiesen worden, weil der Verklagte den behaupteten Beischlaf abgeschworen hatte. Diese Entscheidung konnte dem Kinde an seinen Rechten nichts entziehen, da nicht die Mutter, sondern nur der Vormund des Kindes als dessen gesetzlicher Vertreter berufen war, den Alimentationsanspruch Namens des Kindes gegen den natürlichen Vater zu verfolgen, dieses ganz selbständige Recht

Digitized by Google

des Kindes aber dadurch unberührt geblieben ist, daß die Mutter mit den von ihr selbst geltend gemachten Ansprüchen wegen Beweislosigkeit nicht durchzudringen vermocht hat. Anders freilich läge der Fall, wenn die frühere Klage der Mutter an dem Einwande des Verklagten gescheitert wäre, daß irgend ein Umstand obwalte, welcher den Entschädigungsanspruch der Geschwängerten ausschließe. Nach Preußischem Recht wenigstens müßte die exceptio rei judicatae hier unbedenklich durchgreifen, da das Gesetz vom 24. April 1854, betreffend die Abänderungen des Abschnitts 11 Tit. 1 Th. II des Allg. Landrechts (Ges. S. S. 193) im § 13 die ausdrückliche Vorschrift enthält:

„Ein Anspruch des unehelichen Kindes findet nur in denjenigen Fällen statt, in welchen

1. nach den Bestimmungen der §§ 1, 2, 6, 8 u. 9 ein Anspruch der Mutter gegen den Schwängerer begründet ist; . . ."

Erscheint hiernach dem im zweiten Prozesse als Vormund des Kindes klagenden Vater der früheren Klägerin gegenüber die exceptio rei judicatae nicht gerechtfertigt, so mußte umgekehrt nach rechtskräftiger Verwerfung der von dem gesetzlichen Vertreter des Kindes geltend gemachten Alimentationsansprüche dieses Erkenntniß dem von dem Großvater des Kindes als dessen Ernährer nunmehr im eigenen Namen gegen den früheren Verklagten verfolgten Entschädigungsanspruche entgegenstehen. Denn dieser Anspruch ließ sich nur durch die Behauptung begründen, daß der Kläger durch die von ihm selbst besorgte Ernährung des Kindes eine dem Verklagten obliegende Verbindlichkeit getilgt — also einen nothwendigen Aufwand für ihn bestritten habe.*) Stand aber einmal die Nichtexistenz eines solchen Alimentationsrechtes des vom Kläger ernährten Kindes gegen den Verklagten judicatmäßig fest, so konnte von der behaupteten in rem versio nicht weiter die Rede sein. Es ist dies derselbe Fall, als wenn Jemand eine für einen Andern ohne dessen Auftrag gezahlte Schuldsumme erstattet verlangt, obwohl der Andere in Folge der früher von seinem Gläubiger angestellten Klage bereits rechtskräftig von dieser Schuld für befreit erklärt worden war. Der klagende negotiorum gestor kann hier unmöglich zu dem Beweise über die Existenz der von ihm bezahlten Schuld gelassen werden, da ja der Verklagte in dem früheren Judicate einen unumstößlichen Beweis

*) Vergl. Allg. Land-Recht Th. I Tit. 13.

§ 268. „Das, womit nöthige oder nützliche Ausgaben für einen Andern bestritten werden, ist für verwendet in den Nutzen desselben zu achten."

§ 269. „Ausgaben, zu welchen Jemand durch die Gesetze verpflichtet wird, sind nothwendig."

Digitized by Google

über die Nichtexistenz der Schuld in den Händen hat. — Anlangend den zweiten oben mitgetheilten Rechtsfall, so würde derselbe nach Preußischem Landrecht in gleicher Weise zu entscheiden gewesen sein. (Nach dem oben angeführten Gesetze vom 24. April 1854 könnte wegen der darin enthaltenen Aufhebung des § 592 Tit. 2 Th. II A. L. R.[1]) ein solcher Fall nicht vorkommen). Der von dem unehelichen Kinde selbst geltend gemachte Anspruch war keineswegs bloß auf die außereheliche Zeugung durch den Erblasser der Verklagten, sondern auf ein besonderes persönliches Verhältniß, worin ihre Mutter zu demselben gestanden haben sollte — das erfolgte Eheversprechen — gegründet. Sie mußte daher auch das in dem von ihrer Mutter angestellten Vorprozesse über das Nichtvorhandensein eines solchen Verhältnisses ergangene Judicat wider sich gelten lassen.

3. Betreten wir zur Beleuchtung des Grundsatzes: res judicata jus facit inter partes das Gebiet des dinglichen Rechts, so haben wir uns vorzugsweise mit der für die Praxis besonders wichtigen Frage zu beschäftigen:

> ob und in wie fern die Entscheidung eines mit einem Miteigenthümer über eine von einem Dritten an der gemeinschaftlichen Sache geltend gemachte Servitut geführten Prozesses auch in Ansehung der übrigen Miteigenthümer als res judicata gelte.

Ueber diese Frage verbreitet sich ein Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Berlin vom 18. Februar 1858.[2])

> Der Kossäth K. macht gegen den Hauptmann v. B. als Miteigenthümer des Gutes Mittelfelde eine Holzgerechtsame geltend. Rechtskräftig abgewiesen, klagt er gegen die sämmtlichen Miteigenthümer. Diese schützen die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung vor. — Der zweite Richter hat die Einrede für begründet erachtet.
>
> Das Ober-Tribunal hat die eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.
>
> Gründe:
>
> Der, in der jetzigen neuen Klage verfolgte Anspruch ist unter einer wörtlich ganz gleichlautenden Formulirung schon in einem früheren Pro-

---

1) „Die aus unehelichem Beischlafe erzeugten Kinder erhalten in allen Fällen, wo der Mutter die Rechte einer wirklichen Ehefrau des Schwängerers durch richterlichen Ausspruch beigelegt worden, die Rechte der aus einer vollgültigen Ehe erzeugten Kinder."

2) Vergl. auch das Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 6. April 1858 (Entscheid. B. 39 S. 313 f.), welches die Frage behandelt: Welche Wirkung hat ein rechtskräftiges Erkenntniß, das bloß gegen Einen der mehreren Besitzer eines Guts in Betreff einer das letztere belastenden Grundgerechtigkeit erging, ohne daß im Prozesse die Lehnseigenschaft des Guts und das gemeinschaftliche Eigenthum an demselben zur Sprache kam?

Digitized by Google

zesse aufgestellt, damals aber nur gegen einen der mehreren Miteigenthümer des Gutes Mittelfelde geltend gemacht und durchzuführen versucht worden; Kläger und Implorant wurde jedoch in jenem Vorprozesse aus zwei selbstständigen Gründen abgewiesen, einmal nämlich, weil der Richter annahm, daß der damals allein Verklagte passiv zur Sache nicht legitimirt sei, vielmehr seine Miteigenthümer gleichzeitig hätten belangt werden müssen, demnächst aber deshalb, weil man auf Grund des § 26 eines unterm 24. Oktober 1828 bestätigten Regulirungs-Rezesses dafür erachtete, daß die Grenzen des klägerischen Holzrechtes durch eine Raff- und Leseholzbefugniß klar bestimmt seien, eine Ueberschreitung derselben durch Ersitzung eine funfzigjährige Ausübung erheische, und in dieser Art die Verjährung nicht behauptet sei.

Beide Abweisungsgründe sind mit gleichem Gewichte zur Geltung gebracht, keiner ist als prädominirend oder ein nur eventueller bezeichnet, der aus der Sache selbst und dem Regulirungs-Rezesse entnommen auch keinesweges als überflüssiger Weise beigefügt zu erachten, da der damals allein belangte Miteigenthümer des Gutes und der Forst Mittelfelde ausdrücklich erklärt hatte, sich in dieser seiner Eigenschaft auch auf die Klage selbst einlassen zu wollen.

Dies ihm ungünstige Urtheil hat Kläger (Implorant) gegen sich rechtskräftig werden lassen, und es ist ihm bei dem jetzigen, wider alle Eigenthümer des Guts Mittelfelde von Neuem erhobenen, ganz gleichen Anspruche auch rücksichts derjenigen entgegengestellt, die damals nicht mit verklagt, und im Tenor des Urtheils als Partei nicht mit genannt waren.

Implorant findet die desfalls zur Geltung gebrachte Ansicht des Appellations-Richters als den Rechtsgrundsätzen über die res judicata widersprechend, und hebt hervor, daß ein Urtheil, welches ein verklagter Miteigenthümer erstritten, weil er nicht legitimirt gewesen, für das beanspruchte Recht selbst nicht präjudiziren könne, wenn solches späterhin allen Betheiligten gegenüber verfolgt würde. Dies ist an sich richtig, wird aber vom Appellations-Richter auch nicht bezweifelt, vielmehr beruhet seine Entscheidung auf dem Satze, daß, „wenn einer von mehreren Miteigenthümern, falls er auch nur allein in Anspruch genommen wäre, die Grundlosigkeit der jenseitigen Forderung darzuthun vermöchte, ein desfalls erlangtes obsiegliches Urtheil auch den übrigen Miteigenthümern zu Statten kommen müsse." Und dies Prinzip ist als richtig anzuerkennen. — Denn wenn es auch nicht in der, vom Imploranten geforderten direkten Formulirung bezüglich des Verhältnisses mehrerer Miteigenthümer ausgesprochen ist: so liegt es doch in der Natur der Sache und hat seine analoge Anwendung in den, vom Appellations-Richter auf angemessene Weise herbeigezogenen Vorschriften des § 258 I. 18, §§ 82 ff. I. 21 und §§ 17 ff. II. 4 des Allgem. Landrechts gefunden; — zum Belege derselben können auch die Präjudikate vom 20. Februar 1849 und 1. Dezember 1851 (Entscheidungen Bd. 18 S. 242 und Bd. 22 S. 136, Präjudizien No. 1050 und 2325) umsomehr dienen, als derjenige, welcher aus seinen Verhältnissen und Beziehungen zur gemeinschaftlichen Sache und dem gemeinschaftlichen Rechte allein klagend auftreten kann, im Interesse derselben

Digitized by Google

auch zum Exzipiren befugt ist, und sie gegen einen daran oder darauf formirten Anspruch vertheidigen darf. Die Einwendungen, welche dann selbst aus der Sache entnommen sind und alle Miteigenthümer gleichmäßig berühren, demnächst aber zu einer Zurückweisung des bestrittenen Anspruchs hinführen, können mithin auch von den, damals etwa nicht zugezogenen Interessenten zur Geltung gebracht werden; — einem neuen Antrage gegen sie tritt das von ihrem Genossen erlangte günstige Urtheil schützend entgegen, indem es letzterer nicht für sich persönlich, sondern für die Sache selbst als ungetheiltes Ganze ausgewonnen hat, und in dieser Wirkung von den anderweit auftretenden Prätendenten nicht beseitigt werden kann .....

Striethorst, Archiv B. 27 S. 283—286.

Dieses Erkenntniß entspricht auch vollkommen den allgemeinen Grundsätzen, wie sie schon das gemeine Recht anerkennt. Es entscheidet hier der Gesichtspunkt, daß der prozeßführende Miteigenthümer, dem eine Servitut als untheilbares Recht an dem ganzen Grundstücke beanspruchenden Dritten gegenüber, diese Prozeßhandlung als Vertreter des Grundstückes selbst vorgenommen hat.*)

Papin. l. 31 § 7 D. de neg. gest. (3, 5): Uno defendente causam communis aquae, sententia praedio datur; sed qui sumtus necessarios ac probabiles in communi lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet.

Ulp. l. 4 § 4 D. si serv. vind. (8, 5): Sed et si duorum fundus sit, qui serviat, adversus unumquemque poterit ita agi, et (ut Pomponius libro eodem scribit) quisquis defendit, solidum debet restituere, quia divisionem haec res non recipit.

So wird in einem Erkenntnisse des vormaligen Revisions- und Cassationshofes zu Berlin vom 26. August 1837 ausgeführt:

Nach gemeinem Rechte sei, wenn ein praedium dominans oder ein praedium serviens mehreren Miteigenthümern gehöre, jeder Einzelne zur Verfolgung der Servitut oder der Freiheit legitimirt und zwar dergestalt, daß er das ganze Grundstück repräsentire, und sonach das Urtheil auch für und wider die übrigen Miteigenthümer gelte, ganz als wenn sie selbst in dem Rechtsstreite mit aufgetreten wären. In Ansehung mehrerer Miteigenthümer des praedium dominans stelle diesen Grundsatz fest:

l. 4 § 3, l. 6 § 4, l. 19 D. si serv. vind., l. 1 § 5 D. de arb. caed.

Dasselbe gelte aber auch bei mehreren Miteigenthümern des praedium serviens.

l. 4 § 4 D. si serv. vind.

---

*) Vergl. Keller, Litiscont. u. Urth. S. 409, 410: „Wenn ein partieller Eigenthümer eines Grundstücks für dieses eine Realservitut vindicirt, oder umgekehrt, so gilt das hierüber gefällte Urtheil auch für und gegen den Miteigenthümer. Der Litigant erscheint hier gleichsam als Repräsentant des Grundstücks."


Digitized by Google

Diese Grundsätze würden noch unterstützt durch die ganz ähnliche Regel, daß die actio confessoria auch von dem Pfandgläubiger, Emphyteuta und Superficiar des praedium dominans angestellt werden könne, und zwar ohne Zuziehung des Eigenthümers.

l. 16 D. de serv., l. 1 § 5 D. de remiss., l. 3 § 3, l. 9 D. de op. nov. nunt.

Der Einwurf, daß hiernach der Miteigenthümer durch nachlässige Prozeßführung Seitens des Mitgenossen Schaden leide, beseitige sich dadurch, daß ihm freistehe als Intervenient in dem Prozesse aufzutreten und daß ihm eine Regreßklage gegen seinen Mitgenossen gegeben sei, die actio pro socio oder negotiorum gestorum, oder communi dividundo, oder im Falle einer Unredlichkeit die actio de dolo.

l. 20 D. com. div., l. 19 D. si serv. vind.
Arnsb. N. Archiv B. 8 S. 126—134.

In Uebereinstimmung hiermit hat das Ober-Tribunal in dem Präjudiz vom 15. Oktober 1841 Nr. 1050*) den Grundsatz ausgesprochen:

Einzelne Miteigenthümer eines pro indiviso besessenen Grundstücks, wovon Jedem von ihnen das Hütungsrecht zusteht, sind wohl befugt, gegen dritte Personen, die sich zu ihrem Nachtheil ebenfalls Nutzungsrechte anmaßen, die Negatorien-Klage anzustellen; der Beitritt der Uebrigen, bez. der Majorität, ist nicht erforderlich.

In der Begründung dieses Satzes wird am Schlusse gesagt:

Hiernach kann jeder Theilnehmer (an der gemeinschaftlichen Sache) selbständig sein ihm unstreitig zustehendes und von dem Willen der übrigen durchaus unabhängiges Recht auf jede erlaubte Art ausüben und dazu gehört auch das Recht zur Klage. Ob übrigens die Entscheidungen, welche auf solche Klagen einzelner Theilnehmer gegen dritte Personen ergehen, auch den übrigen nutzen oder schaden, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen (vergl. § 53 f. A. L. R. I. 17). Es steht außerdem sowohl diesen Mitinteressenten frei, als accessorische Intervenienten dabei aufzutreten, als den verklagten dritten Personen, die Majorität der Interessenten geeigneten Falls zur Vertretung adcitiren zu lassen, und sonach wird, wenn man den beeinträchtigten Theilnehmern nur diesen geraden und einfachen Weg gestattet, weder ihnen das rechtliche Gehör erschwert oder gar gänzlich verwehrt, noch wird die vom Appellationsrichter besorgte Rechtsverwirrung eintreten.

Arnsb. N. Archiv B. 8 S. 143, 144.

Ebenso wird in einem Erkenntnisse des O. A. G. zu München vom 29. December 1848 bemerkt:

So wie jeder von mehreren Miteigenthümern der dienenden Sache in

---

*) Präjudizien-Sammlung S. 96.
Bornemann, syst. Darstellung B. 4 S. 17 (2. Ausg.) tritt dieser Ansicht bei.


Digitized by Google

Ansehung des Ganzen confessorisch belangt werden[1]) und jeder einzelne Miteigenthümer des herrschenden Gutes auf das Ganze confessorisch klagen kann, so muß auch jeder von mehreren Miteigenthümern der als dienstbar in Anspruch genommenen Sache wegen des Ganzen negatorisch zu klagen befugt sein, da es offenbar in seinem Interesse liegt, die der Sache angesonnene Belästigung abzuwehren.

Seuffert, Archiv B. 3 Nr. 145.

Desgl. in einem, Namens des O. A. G. zu Jena abgefaßten Erkenntnisse der Jur. Faculät zu Göttingen:

Wenn das Eigenthumsrecht, in welches sich ein Anderer einen Eingriff erlaubt, mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht, so ist jeder Miteigenthümer zur Anstellung der negatorischen Klage in solidum befugt. — Im röm. Recht ist dies freilich nur rücksichtlich der actio confessoria ausdrücklich ausgesprochen (l. 4 § 3 D. si ser. vind.). Da indeß der Grund hiervon offenbar darin besteht, daß die Servitut etwas Untheilbares ist, dieser Grund aber ebensowohl bei der actio negatoria zutrifft, indem die Freiheit einer Sache nicht minder den Charakter der Untheilbarkeit an sich trägt, so muß die angeführte Stelle analog auch auf die actio negatoria angewendet werden.

Westphal de libert. et serv. praed. Sect. III c. 32 § 972.
Glück, Comment. B. 10 S. 235 f.
Seuffert, Archiv B. 7 Nr. 289.

Was bisher von der Wirksamkeit eines Erkenntnisses über eine gegen einen einzelnen Miteigenthümer (im Wege der Klage oder Einrede) geltend gemachte Grundgerechtigkeit gesagt worden ist, muß auch in dem Falle gelten, wenn ein Miteigenthümer eine dem ganzen Gute zustehende Servitut in Anspruch genommen hat und darüber eine Entscheidung ergangen ist.[2])

Ein Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom 28. Februar 1842 spricht aus:

Derjenige, welcher einer Realservitut behauptet, kann auch alsdann, wenn dieselbe Mehreren gemeinschaftlich zusteht, das Recht allein geltend machen. l. 4 § 3, l. 6 § 4 si serv. vind.

---

1) Vergl. v. Savigny, Obligationenrecht B. 1 S. 357: Der Inhaber der Servitut, welcher mehreren Miteigenthümern des belasteten Grundstückes (z. B. mehreren Miterben) gegenübersteht, kann gegen Jeden derselben confessorisch in solidum klagen l. 4 § 4 si serv. (8, 5), l. 7 de serv. leg. (33, 3).

2) v. Savigny, Obligationenrecht B. 1 S. 370 sagt hierüber: Wenn eine schon errichtete Servitut einem Grundstücke zusteht, das augenblicklich mehrere Miteigenthümer hat, so kann Jeder derselben die confessorische Klage in solidum anstellen; aber die Verurtheilung geht doch nur auf diejenige Summe, die dem persönlichen Interesse dieses Klägers, also seiner Quote am Eigenthum des Grundstücks, entspricht. Dieselbe hat nachher jeder andere Miteigenthümer, welcher sogar den Gewinn des von seinem Mitgenossen früher geführten Rechtsstreites für sich benutzen kann l. 4 § 3 si serv. (8, 5).

Digitized by Google

Kann hiernach der einzelne Berechtigte die Servitut sogar klagend in Anspruch nehmen, so muß er sie um so gewisser auch allein vertheidigen dürfen, wenn er allein mit der Negatorienklage angegriffen wird.

Martin und Walch, Magaz. für den Prozeß I. 4. S. 40, 41.
Seuffert, Archiv B. 11 Nr. 214.

Vergl. Voet, com. ad P. VIII. 5 nr. 1: ... Si plures sint unius praedii dominantis domini, in solidum singulis haec actio competit; cum servitutes individuae sint, adeo ut etiam uno agente, is non sibi tantum, sed et omnibus ceteris vincat aut vincatur, in quantum de ipso experitur servitutis jure; nam quatenus in aestimatione venit id quod interest, non quanti reliquorum, sed solummodo quanti sua interest, consequetur; eo quod dividua est praestatio ejus quod interest l. 4 § 3, l. 6 § 4 D. si serv. vind.

Wenn derselbe aber unter Verweisung auf l. 19 D. eod. hinzufügt:

Si tamen unus in solidum de servitute agens, sua culpa succubuerit, non est aequum hoc ceteris damno esse.

so tritt dieser Ansicht mit Recht das oben angeführte Erkenntniß des Revisions- und Cassationshofes vom 26. August 1837 entgegen. Es wird hier bemerkt:

Bei mehreren Miteigenthümern des praedium dominans kann Jeder die Servitut in solidum verfolgen.

l. 4 § 3, l. 6 § 4 si serv. l. 1 § 5 de arb. caed.

Diesem Satz wird noch ganz ausdrücklich der Sinn beigelegt, daß der Sieg dieses Einzelnen auch den Mitgenossen zu gut kommt.

L. 4 § 3 cit. — unicuique in solidum competit actio. — — Itaque de jure quidem ipso singuli experientur et victoria et aliis proderit.

Daraus allein folgt schon, daß das ihm nachtheilige Urtheil die übrigen Mitgenossen verpflichten muß, indem sonst eine ganz ungerechte und völlig undenkbare Ungleichheit in der Lage beider Partheien entstehen würde. Allein derselbe Satz ist auch in folgendem Gesetze enthalten, welches wohl aus Mißverständniß als Beweis für die entgegengesetzte Ansicht angeführt ist.

L. 19 si serv. — Si de communi servitute quis bene quidem debere intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpa sua, non est aequum, hoc caeteris damno esse: sed si per collusionem cessit litem adversario, caeteris dandam esse actionem de dolo, Celsus scripsit. Idque ait Sabino placuisse.

Dieses Gesetz erklärt es mit Recht für unbillig, daß die Uebrigen durch die Schuld ihres prozessirenden Mitgenossen Schaden leiden sollten. Es fragt sich nur, durch welches Mittel diese einleuchtende iniquitas abgewendet werden soll.

Dieses könnte geschehen entweder dadurch, daß das nachtheilige Urtheil die Mitgenossen gar nicht verpflichtete, oder indem sie hinterher Entschädigung erhielten. Da nun das Gesetz diesen letztern Weg ausdrücklich vorschreibt, der durch den ersten ganz überflüssig, ja unmöglich werden würde, so folgt daraus, daß es den ersten Weg verwirft, also die Mitgenossen durch das nachtheilige Urtheil allerdings verpflichtet wissen will,

Digitized by Google

und zwar um so mehr, als hier die doli actio zur Entschädigung dargeboten wird, die doch nach allgemeinen Rechtsregeln nur im äußersten Nothfall, also nur in Ermangelung jeden andern Weges zur Abwendung eines Schadens, zur Anwendung kommen kann.

L. 1 § 1, § 4—8. L. 2—7 de dolo malo.

In einem auffallenden Widerspruch mit den bisher entwickelten Grundsätzen steht die Bestimmung des § 343 des revidirten Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen:

„Ein in einem Rechtsstreit zwischen einem Miteigenthümer und einem Dritten wegen einer die gemeinschaftliche Sache betreffenden Dienstbarkeit ergangenes Urtheil wirkt weder für noch gegen die übrigen Miteigenthümer."

Mit Recht bemerkt hiergegen Unger in seiner kritischen Besprechung des gedachten Entwurfes S. 26:

„Dieser Satz ist zunächst in Widerspruch mit dem bisher geltenden gemeinen Recht, wonach sententia praedio datur l. 31 § 7 D. de neg. gest. (3, 5) cf. l. 4 § 3, 4, l. 6 § 4 D. si serv. vind. (8, 5), l. 19 eod. l. 11 § 1, 2 D. de aqua et aqua pluv. (39, 3), Savigny VI S. 479 f. Wie soll er sich aber mit dem § 580 vertragen, wonach jeder Miteigenthümer wegen der Dienstbarkeit klagen und beklagt werden kann? Und wie, wenn verschiedene Urtheile gefällt werden?"

4. „Die Rechtskraft des Urtheils wirkt aber nicht nur für und gegen die Personen, welche den früheren Prozeß geführt haben, sondern auch für und wider ihre Rechtsnachfolger (Universal- und Singularsuccessoren,*) l. 2 C. 8, 36 — vel successoribus ejus) und überhaupt für und gegen diejenigen Personen, welche ihr Recht von dem Recht eines früheren Streittheils ableiten, nachdem über dieses bereits das rechtskräftige Urtheil ergangen war, da sie in ein bereits rechtskräftig festgestelltes Rechtsverhältniß (an die Stelle eines Siegers oder Besiegten) eintreten, in Beziehung auf welches sie mit ihren Vormännern (Auktoren) als eadem persona gelten, und da der Nachfolger einerseits ebensoviel, anderseits nicht mehr Recht haben kann, als der Vormann zur Zeit des Urtheils."

Unger, System des österr. allg. Privatrechts B. 2 S. 667, 668.

Eine Anwendung dieses Satzes enthält ein Erkenntniß des O. A. G. zu Rostock vom 30. Januar 1851:

Ein rechtskräftiges Urtheil, ergangen in einem zwischen zwei Nachbarn über eine Bauservitut geführten Prozesse, ist wohl geeignet, wider eine von einem Singular-Besitznachfolger des damals Unterliegenden gegen den Sieger in Betreff desselben Rechtsverhältnisses später erhobene Klage die exceptio rei judicatae zu begründen.

Seuffert, Archiv B. 8 Nr. 303.

---

*) In Betreff der Singularsuccessoren vergl. Keller a. a. O. § 45.

Digitized by Google

Desgleichen ein Erkenntniß des O. A. G. zu Kiel vom 11. Januar 1840, welches den Satz:

die nach erfolgter Einlassung auf die actio confessoria geschehene Veräußerung des herrschenden Grundstückes bleibt ohne Einfluß auf den obschwebenden Rechtsstreit

in folgender Weise durchführt:

Da der Kläger zur Zeit der Litiscontestation zur Sache gehörig legitimirt war, so muß er des mittlerweile eingetretenen Verkaufs seiner Hufe ungeachtet, zur Beendigung des von ihm angefangenen Rechtsstreits um so mehr berechtigt erscheinen, als einestheils schon allgemeinen Rechtsgrundsätzen nach dessen Besitznachfolger den Ausfall des so fortgesetzten Rechtsstreites sich muß gefallen lassen,*) anderntheils von diesem überdieß zum Ueberfluß eine desfalsige Einwilligung erklärt ist, es mithin klar vorliegt, daß der Beklagte ein solches Interesse, sich der Fortsetzung des Rechtsstreits mit seinem bisherigen Gegner — der es nach richtigen Grundsätzen auch für den ganzen Prozeß bleiben muß — zu widersetzen nicht haben kann, das rechtlich beachtet zu werden verdiente.

Seuffert, Archiv B. 8 Nr. 93.

5. Ueber die Wirkung eines in einem Rechtsstreite zwischen dem Kurator der Konkurs-Masse und einem Dritten ergangenen Erkenntnisses in Beziehung auf die Konkursgläubiger spricht sich ein Urtheil des O. A. G. zu Kiel vom 30. Juni 1838 dahin aus:

Nachdem der Curator der Concursmasse des K. mit der gegen A. und S. erhobenen rei vindicatio auf Auslieferung gewisser Ländereien, deren Eigenthum K. zufolge eines im Jahre 1820 mit dem Vorbesitzer der Beklagten geschlossenen Kaufcontracts erworben haben sollte, rechtskräftig abgewiesen worden war, klagte P. als schadenleidender Gläubiger im Concurse des K. gegen dieselben Beklagten mit der actio hypothecaria sich darauf berufend, daß sein Verpfänder K. das Eigenthum der gedachten, dem Kläger im Jahre 1822 verpfändeten Ländereien durch den obenerwähnten Contract erworben habe. Die Beklagten opponirten dagegen die exceptio rei judicatae und wurden damit gehört. Dieses Erkenntniß beruhte im wesentlichen auf folgenden Motiven: Es ist in dem früheren Eigenthumsstreit rechtskräftig entschieden, daß das Eigenthum der fraglichen Ländereien, ohne welches K. dasselbe nicht gültig verpfänden konnte, auf denselben nicht übergegangen ist. Dieses Erkenntniß steht auch der gegenwärtigen hypothekarischen Klage entgegen, da beide Klagen denselben Gegenstand betreffen, und gegen dieselben Beklagten von demselben Kläger angestellt sind, indem, wenn gleich bei der Eigenthumsklage der Curator der K'schen Concursmasse als Kläger auftrat, er diese Klage doch nur namens des Corps der K'schen Gläubiger, zu denen auch der jetzige Kläger gehörte, anstellte, und dieser selbst in der höheren Instanz jenen Proceß

*) Papin. l. 28 D. h. t.: Exceptio rei judicatae nocebit ei, qui in dominium successit ejus, qui judicio expertus est.


Digitized by Google

in seiner Eigenschaft als erster und hauptsächlich schadenleidender Gläubiger sowie als späterer curator massae fortgeführt hat.

Seuffert, Archiv B. 6 Nr. 270.

Anders verhält es sich mit der Frage:

ob die zwischen dem Konkurs-Kurator und den Gläubigern ergangenen Erkenntnisse in Beziehung auf den Gemeinschuldner res judicata wirken.

Hierüber wird in einem Urtheile unseres Ober-Tribunals vom 15. März 1847 zur Begründung des darin angenommenen Rechtssatzes:

„Eine im Konkurse ergangene Klassificatoria hat gegen den Gemeinschuldner selbst nicht die Wirkung eines rechtskräftigen Urtels, und unterbricht gegen ihn auch nicht den Lauf der Verjährung."

unter Bezugnahme auf die Vorschriften der damals noch geltenden Konkurs-Ordnung (Tit. 50 Th. I Allg. Ger. Ord.) gesagt:

Die auch in dem Appellationsurtel aufgestellte Ansicht, daß das Lokationsurtel im Konkurse nur zwischen den Kreditoren und nicht auch gegen den Gemeinschuldner angehe, ist die richtige; denn, wenn auch nach § 114 Tit. 50 Th. I der A. G.-O. der Gemeinschuldner zum Liquidationstermine mit vorgeladen werden soll, um dem Kontradiktor über die Ansprüche der Gläubiger Auskunft zu ertheilen, und diese sich auf den Konkurs einlassen müssen, wenn sie nicht mit ihren Ansprüchen an das in Beschlag genommene Vermögen präkludirt werden wollen, so wird doch der Gemeinschuldner eben nur in Bezug auf dieses Vermögen seiner Disposition entsetzt, und nur insofern durch den Konkurskurator vertreten. Auf den Widerspruch des Gemeinschuldners bei sonst von dem Kurator für richtig befundenen Forderungen, wird überhaupt gar keine Rücksicht genommen, und die Wirkung der Konkurseröffnung besteht in dieser Beziehung nach § 33 l. c. einzig und allein darin, daß die Gläubiger auf den Inbegriff des Vermögens, welches der Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung des Konkurses besitzt, oder während desselben erwirbt, ein allgemeines Pfandrecht erlangen. Auf etwas weiteres haben die Gläubiger kein Recht; beabsichtigen sie, sich an dessen Person zu halten, oder in sein künftiges Vermögen Rechte zu erwerben, so liegt ihnen ob, deshalb besonders klagbar zu werden. Eben so wenig, wie nach § 145 l. c. ein präkludirter Gläubiger durch die Präklusion die Rechte an die Person des Gemeinschuldners und dessen künftiges Vermögen verliert, und blos seiner Ansprüche an die Masse verlustig geht, eben so wenig kann ein angesetzter Gläubiger seine im Klassifikationsurtel nur gegen die Masse zugesprochenen Rechte ohne Weiteres gegen den Gemeinschuldner geltend machen. Andern Falls müßte ein solcher Gläubiger aus dem Klassifikationsurtel die Exekution gegen den Kridarius nachzusuchen berechtigt sein, was nicht der Fall ist. Daß einem Verschwender nach aufgehobener Vormundschaft die gegen seinen Kurator ergangenen Judikate entgegenstehen, kann eine analoge Anwendung auf den Gemeinschuldner nicht finden; jener wird in allen seinen Vermögensbeziehungen durch seinen Vormund vertreten, während bei diesem

Digitized by Google

die Vertretung sich nur auf die Konkursmasse bezieht. Der Kurator und der Gemeinschuldner bleiben stets verschiedene Rechts-Subjekte, und da res judicata nur jus facit inter partes, und es in der That nicht wohl einzusehen ist, wie ein auf den Grund eines Prozesses abgefaßtes Erkenntniß, in welchem der Gemeinschuldner gar nicht Partei war, demselben entgegenstehen soll, so kann auch von einer Unterbrechung der Verjährung der Zinsen durch die Lokation im Konkurse nicht die Rede sein.

Entscheid. B. 14 S. 220—221.

In Uebereinstimmung mit diesen Grundsätzen wird in einem Erkenntnisse desselben Gerichtshofes vom 29. April 1856 ausgeführt:

Das gegen den Konkurs-Kurator ergangene Judikat hat nach aufgehobenem Konkurse gegen den vormaligen Kridar in Bezug auf sein Vermögen nicht dieselbe Wirksamkeit, als wenn es gegen ihn selbst ergangen wäre.

Hierbei macht es auch keinen Unterschied, daß im vorliegenden Falle erst das Appellations-Urtheil gegen den Kurator ergangen ist, da durch die Konkurseröffnung und Emanation des Appellations-Urtheils gegen den Kurator der Gemeinschuldner selbst von weiterer Wahrnehmung seiner Rechte über den Umfang des in den Konkurs gerathenen Vermögens hinaus ausgeschlossen und von diesem Urtheile auch nur dieses Vermögen betroffen wurde.

Striethorst, Archiv B. 21 S. 156—159.

6. In den durch Cession begründeten Rechtsverhältnissen können über die Anwendbarkeit des Einwandes der rechtskräftig entschiedenen Sache Zweifel entstehen. — Man denke an folgende Fälle:

a. A. cedirt in rechtsgültiger Weise dem B. eine ihm gegen den C. zustehende Forderung. Der Cessionar B. klagt die Forderung gegen den Schuldner C. ein, wird jedoch auf Grund des Einwandes des Letzteren, daß die Forderung ungültig oder bereits getilgt sei, rechtskräftig abgewiesen. Er nimmt nun seinen Regreß gegen den Cedenten A. Dieser stellt ihn auch, unter Aufhebung des früheren Cessionsgeschäftes, völlig zufrieden und macht in Folge dessen selbst die Forderung gegen den Schuldner C. im Wege der Klage geltend?

Steht ihm auf Grund des gegen B. ergangenen Urtheils der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen?

Man wird diese Frage bejahen müssen — einfach aus dem Grunde, weil nach dem Prinzip des neueren Rechts die Cession sich als **eine wirkliche Rechtsübertragung** darstellt,*) mithin dieselbe, wenn sie einmal in Wirksamkeit getreten ist, nur im Wege **einer Rückübertragung des Rechts** wieder rückgängig gemacht werden kann, bei dieser **Rückcession** aber der ursprüngliche Cedent als **Rechtsnachfolger**

*) Vergl. die Abhandlung Nr. 6 oben Seite 151 f.

Digitized by Google

des Cessionars erscheint, so daß er die inzwischen eingetretenen Veränderungen, welche das wieder abgetretene Recht in der Hand des Cessionars erlitten hat, wider sich gelten lassen muß.

b. Der Cessionar B. klagt gegen den Schuldner, wird jedoch um deshalb abgewiesen, weil er die Cessionsurkunde nicht beizubringen, sich also als den Eigenthümer der Forderung nicht zu legitimiren vermag. Später findet sich die vermißte Urkunde vor. Ohne von dem Rechtsmittel der Restitution gegen das inzwischen rechtskräftig gewordene Erkenntniß Gebrauch zu machen, geht er den Schuldner, unter Vorzeigung der nachträglich aufgefundenen Cessionsurkunde, um Zahlung an, richtet jedoch nichts aus, da ihm dieser den rechtskräftigen Urtheilsspruch entgegenhält. Nunmehr tritt der ursprüngliche Gläubiger A., der inzwischen den Cessionar abgefunden hat, gegen Schuldner klagend auf. Letzterer macht ihm, unter Berufung auf die gedachte Cessionsurkunde, seine Legitimation streitig, wogegen der Kläger, auf das frühere Erkenntniß sich stützend, die Replik der rechtskräftig entschiedenen Sache vorbringt.

Ist diese Replik begründet?

Auch diese Frage wird zu bejahen sein, obwohl hier der Fall *einer* exceptio rei judicatae eigentlich gar nicht vorliegt. Denn der Verklagte, dem hier in Form der Replik jene exceptio entgegengesetzt wird, ist ja derjenige, zu dessen Gunsten das frühere Erkenntniß ergangen war.*) Es kann daher nicht davon die Rede sein, daß derselbe durch die Bemängelung der Legitimation des Klägers einen Rechtsstreit erneuere, der bereits zu seinem Nachtheile unter denselben Parteien rechtskräftig entschieden worden. Gleichwohl stellt sich der Einwand des Verklagten, gegen welchen jene Replik gerichtet ist, als verwerflich dar. Nur die wirklich erfolgte, in rechtlicher Wirksamkeit gebliebene Cession der Forderung an B. konnte ihm einen Grund abgeben, dem ursprünglichen Gläubiger A. das Klagerecht streitig zu machen. Sein Rechtsverhältniß zu dem Cessionar B. war aber vollständig gelöst durch die ihm gegenüber wegen Mangels einer gehörigen Cessionsurkunde rechtskräftig erfolgte Abweisung des Letzteren. Er kann daher unmöglich aus dem Rechte eines Dritten, dessen rechtskräftige Aberkennung er selbst erwirkt hat, einen Einwand gegen die Fortdauer des Klagerechts seines Gläubigers entnehmen. Jedenfalls aber würde dem Kläger, wenn es auf das wirkliche Vorhandensein eines formgültigen Cessionsaktes ankäme, der Umstand zur Seite stehen, daß er durch die nachträgliche Befriedigung

*) Julian. l. 16 D. h. t. Evidenter enim iniquissimum est, proficere rei judicatae exceptionem ei, contra quem judicatum est.

Digitized by Google

des Cessionars die frühere Cession rückgängig gemacht und dadurch auch dem Verklagten gegenüber jeden Anspruch desselben beseitigt hat.

II. Identität der Streitsache.[1])

1. Im Allgemeinen ist hier davon auszugehen: „die objektive Identität des Rechtsstreits besteht in der Identität des Gegenstandes desselben. Den Gegenstand der Klage resp. der Exception, somit des Rechtsstreits, bildet das in Anspruch genommene Recht oder Rechtsverhältniß: eadem res (eadem quaestio) ist daher vorhanden, wenn dasselbe Recht (idem jus l. 13 D. h. t.), welches bereits aberkannt ist, von neuem geltend zu machen versucht wird, wenn es sich also in beiden Prozessen um dasselbe Rechtsverhältniß handelt."[2])

Dieser allgemeine Grundsatz findet sich in folgenden Erkenntnissen ausgesprochen:

Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom 24. Mai 1842: Es kann die exceptio rei judicatae, deren Umfang das röm. Recht keineswegs mit legislatorischer Willkür, sondern nach der Natur der Sache und dem wahren Rechte bestimmt hat, nur insofern eintreten, als in dem zweiten Prozesse eadem quaestio versatur als in dem ersten.[3]) Nach mehreren Stellen soll nun zwar die exceptio rei judicatae eintreten, sobald unter den nämlichen Personen über eadem res gestritten wird;[4]) allein eine Menge anderer Stellen[5]) erläutern diesen Ausdruck dahin, daß zur eadem res nicht bloß derselbe Gegenstand, sondern dieselbe causa actionis erforderlich sei.

Seuffert, Archiv B. 5 Nr. 237.

Erkenntniß des L. G. zu Wolfenbüttel vom 9. Mai 1833: Um der Einrede der Rechtskraft stattzugeben, kommt es nicht auf die formelle Klage, sondern auf das zum Grunde liegende materielle Verhältniß in seiner modificirten Natur eines Klagerechts an. Ist das Rechtsverhältniß identisch,

---

1) Vergl. Keller, Litiscontest. u. Urtheil §§ 32—36. v. Savigny, System §§ 296 — 300. Unger, System des österr. allgem. Privatrechts B. 2 S. 652—666. Förster, Klage u. Einrede nach preuß. Recht S. 199—203.

2) Unger, a. a. O. S. 652.

3) Ulp. l. 3 D. h. t.: Julianus lib. III Dig. respondit: exceptionem rei judicatae obstare, quoties eadem quaestio inter easdem personas revocatur... Ulp. l. 7 § 1 eod.: . . . Et quidem ita definiri potest, toties eandem rem agi, quoties apud judicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est. In his igitur fere omnibus exceptio nocet. § 4. Et generaliter (ut Julianus definit) exceptio rei judicatae obstat, quoties inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere judicii . . .

4) Ulp. l. 5 D. h. t.: De eadem re agere videtur, et qui non eadem actione agit, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re . . . Recte itaque definietur, eum demum de eadem re non agere, qui prorsus rem ipsam non persequitur. Ceterum cum quis actione mutata experitur, dummodo de eadem re experiatur, etsi diverso genere actionis, quam instituit, videtur de eadem re agere.

5) l. 12—14, l. 22 l. 27 eod.

Digitized by Google

so kommt es nicht darauf an, ob die früher daraus abgeleitete Klage eine andere als die jetzige sei.

l. 5 D. h. t., l. 28 § 4 D. de jurej. (12, 2[1]).

Matthiä, Controversen-Lexicon II S. 242.

Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 17. Januar 1856: Der Einwand der rechtskräftigen Entscheidung erfordert in Betreff des Gegenstandes des Prozesses, daß derselbe nicht bloß äußerlich — der Bezeichnung, dem Umfange und Betrage nach — sondern auch innerlich, d. h. seinem Wesen und Entstehungsgrunde nach mit dem Gegenstande der Erörterung und Entscheidung des Vorprozesses ein und derselbe sei.

Striethorst, Archiv B. 19 S. 277—284.

2. Nach dem angegebenen Gesichtspunkte entscheidet sich auch die Frage: ob ein wegen Mangels der Aktivlegitimation abweisendes Erkenntniß den Kläger hindere, nach Beseitigung dieses Mangels denselben Anspruch geltend zu machen.[2])

Ein derartiger, durch das Erkenntniß des O. A. G. zu Darmstadt vom 28. Oktober 1842 entschiedener Rechtsfall wird von Bopp im Archiv für die civilist. Praxis B. 43 S. 46—48 mitgetheilt:

Nachdem die Kläger, welche ihr Recht aus einer Universalsuccession herleiteten, weil die ursprünglich Berechtigte ihnen ihr gesammtes Vermögen unter Lebenden geschenkt habe, angebrachtermaßen abgewiesen worden waren, und zwar darum, weil eine Schenkung unter Lebenden keine Universalsuccession begründe, erheben sie eine neue auf Singularsuccession gestützte Klage, hergeleitet aus derselben Schenkung. Der Beklagte schützte, die Einlassung verweigernd, die Einrede der Rechtskraft vor: Die Kläger seien bereits mit ihrer aus dem Schenkungsvertrage hergeleiteten Klage rechtskräftig abgewiesen worden. Wenn sie also, wiederholt klagend, eben darauf ihre Legitimation stützten, so stehe ihnen die Rechtskraft entgegen. Replik: Die Einrede sei unbegründet, da die Singularsuccession noch nicht den Gegenstand der Contestation gebildet habe. Das Gericht verurtheilte zur Einlassung: Da die Einrede der Rechtskraft allseitige Identität, besonders in der thatsächlichen Begründung, erfordere, so sei weder eine ausdrückliche, noch stillschweigende Aburtheilung der auf eine andere Succession gestützten Activlegitimation erfolgt. Das Gericht zweiter Instanz erachtete die Einrede als begründet und wies die Klage ab. Darum Oberberufung der Kläger.

Wesentlicher Inhalt des Gutachtens des oberst-richterlichen Referenten: Die Beantwortung der Frage, ob die Einrede der Rechtskraft begründet

---

1) (Paulus) Exceptio jurisjurandi non tantum si ea actione quis utatur, cujus nomine exegit jusjurandum, opponi debet, sed etiam si alia, si modo eadem quaestio in hoc judicium deducatur, forte si ob actionem mandati, negotiorum gestorum, societatis, ceterasque similes jusjurandum exactum sit, deinde ex iisdem causis certum condicatur, quia per alteram actionem altera quoque consumitur. (Vergl. über diese Stelle: Buchka, die Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniß Th. 1 S. 70 f.)

2) Julian. l. 25 pr. D. h. t.: „Si is, qui heres non erat, hereditatem petierit, et postea heres factus eandem hereditatem petat, exceptione rei judicatae non summovebitur.

Digitized by Google

sei, bietet Schwierigkeiten dar. Derselbe Anspruch, derselbe Zweck nach beiderseitiger Anerkennung. Dagegen Streit darüber, ob in beiden Fällen der behaupteten Sachlegitimation derselbe Rechtsgrund unterliege. Allerdings handelte es sich früher von einer Universalsuccession durch Schenkung des ganzen Vermögens, jetzt von einer Singularnachfolge. Dies genügt aber nicht, um jene Einrede fern zu halten. Es bedarf dazu noch der Verschiedenheit des Rechtsgrundes, die vermißt wird, da der Rechtsgrund, der Schenkungsvertrag, derselbe ist. Hiernach dürfte die Beschwerde als nicht begründet erscheinen. Indessen könnte man zu dem entgegengesetzten Ergebnisse durch folgende Argumentation gelangen: Wenn gleich in beiden Fällen der Schenkungsvertrag dem Antrage, die Legitimation für hergestellt zu erachten, zu Grunde liegt, so hat doch das Gericht erster Instanz, gegenüber der ersten Klage, nur angenommen, die Legitimation solle durch das Berufen auf eine Universalsuccession begründet werden, und durch auch rechtskräftig gewordenen Bescheid den Klägern den Beweis auferlegt, daß sie Universalsuccessoren der Wittwe K. (der Schenkerin) geworden seien. Die Herstellung der Legitimation zur Sache war von diesem Beweise abhängig gemacht worden, und da dieser nicht erbracht (und so die Klage wie angebracht verworfen) wurde, so kann nun die Legitimation auf die Behauptung der Singularsuccession gestützt werden, die als ein anderer Rechtstitel erscheint.

In Adoption dieser Argumentation durch Stimmenmehrheit reformirte das Tribunal durch Herstellung des Erkenntnisses erster Instanz.

In einem Falle solcher Art wird auch der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache dadurch nicht begründet, daß dem wegen des Legitimationsmangels abweisenden früheren Erkenntnisse zugleich Entscheidungsgründe, welche die Sache selbst betreffen, hinzugefügt worden sind.

Dies wird in einem Erkenntnisse des Ob.-Trib. zu Berlin vom 31. März 1859 ausgeführt:

Allerdings sollten einer wegen Legitimations-Mangel ausgesprochenen Abweisung der Regel nach keine anderen auf das Materielle der Sache bezüglichen Gründe beigefügt werden. Die Legitimation ist die erste nothwendige Frage bei jedem Urtel; sie hat den auch im §. 29. Thl. I Tit. 5. der A. G. O. hervorgehobenen Charakter der Präjudicialität. Ist diese Frage in Ansehung der einen oder anderen Partei negativ entschieden, dann steht fest, daß nicht diese Personen, wenigstens für jetzt, über das Streitobject zu streiten haben. Alles was nun noch in den Entscheidungsgründen dem hinzugesetzt wird, über das Unbegründete des Anspruchs selbst, kann dem Rechte des wirklich Legitimirten nicht nachtheilig sein. Gegen ihn ist das Erkenntniß nicht ergangen, wird nicht rechtskräftig gegen ihn; er braucht keine Rechtsmittel dagegen einzulegen, ja er ist processualisch dazu nicht einmal im Stande.

Indessen kann bei der Abweisung wegen Mangels der Legitimation ein doppelter Grund obwalten. Es kann festgestellt sein, daß z. B. nicht der Kläger, sondern ein Anderer Erbe des Erblassers geworden ist, daß nicht

Digitized by Google

an ihn, sondern an einen Anderen die Cession des eingeklagten Rechts geschehen ist. Es kann aber auch bloß am Beweise der Legitimation fehlen. In dem letzteren Falle bleibt das Nachholen des Beweises für die folgenden Instanzen zulässig, und dann könnte es einen Sinn haben, daß, um die Sache zu fördern, im Voraus auch über dieselbe materiell erkannt wird, damit, die Nachholung des Legitimations-Beweises vorausgesetzt, der zweite Richter ohne Weiteres in der Sache selbst erkennen könne. Die etwaige Wirkung der Rechtskraft eines solchen Erkenntnisses kann hier dahin gestellt bleiben.

Der erstere Fall ist der, daß nicht etwa der Kläger bloß seine Legitimation nicht bewiesen hatte, sondern, daß er in der That nicht legitimirt war, und deshalb abgewiesen ist. Dieser Fall liegt hier vor. (Dies wird näher nachgewiesen.) Jetzt leitet der Kläger, und ebenso seine Nachfolger, seine Rechte vermöge eines neuen gültigen jüngeren Titels von dem ursprünglichen Gläubiger her, welchem, wie gezeigt, das Judicat nicht entgegensteht. . . . . .

Entscheid. B. 41 S. 401—407.

Die eben mitgetheilten Entscheidungen beruhen auf der Voraussetzung:

daß der in dem früheren Prozesse wegen Legitimationsmangels abgewiesene Kläger in dem späteren seine Legitimation auf einen ganz andern, als den früher geltend gemachten Rechtsgrund stützt.

Unter dieser Voraussetzung steht der Nachbringung der Legitimation das frühere Erkenntniß nicht entgegen.

Es fragt sich aber:

ob dasselbe auch für den Fall gilt, wenn diese Nachholung lediglich in der Führung eines neuen Beweises über die schon im Vorprozesse behaupteten, aber damals beweislos gebliebenen Thatsachen besteht.

Das Ob. Trib. zu Berlin hat diese Frage in einem Erkenntnisse vom 9. December 1853 (in Sachen Theodor Hegemann wider Joh. Wilh. Köllmann u. Gen. H. 596) aus folgenden Gründen bejaht:

Die hier in Rede stehende Entschädigungsforderung von 175 Thlr. 9 Sgr. 5 Pf. nebst Zinsen ist auf Grund der Verträge vom 20. Juni 1844 und 22. Juni 1846 bereits in einem früheren Prozesse des Klägers gegen den J. W. Köllmann und dessen Ehefrau geltend gemacht und damals Kläger durch das am 22. April 1852 eröffnete Erkenntniß des Kreisgerichts zu Essen mit der „angebrachten Klage" gegen die Köllmannschen Eheleute abgewiesen worden.

Dies Erkenntniß hat die Rechtskraft beschritten. Der Appellationsrichter ist hiernach der Meinung:

daß Kläger damit, was den Anspruch gegen den Ehemann betreffe, definitiv abgewiesen worden sei.

Digitized by Google

Der Appellationsrichter erachtet deshalb den von dem Letzteren erhobenen Einwand bereits rechtskräftig entschiedener Sache für begründet und bestätigt das den Kläger abweisende Erkenntniß erster Instanz, soweit es den J. W. Köllmann betrifft.

Allein mit Recht macht Kläger und Implorant in dieser Beziehung dem Appellationsrichter zum Vorwurf:

> die Grundsätze von der res judicata
>
> Einleitung zur Proz.-Ordn. §§ 65 u. 66, Proz.-Ordn. tit. XVI § 1
>
> verletzt zu haben.

Denn will man auch diesen Vorwurf nicht schon nach der Fassung des Vorprozeß-Urtels und seines Tenors begründet finden, nach welchem Kläger damals nur mit der „angebrachten Klage" gegen die Köllmannschen Eheleute abgewiesen wurde, so ergeben doch die Gründe der damaligen Entscheidung unzweifelhaft:

> daß Kläger damals nur wegen Mangels seiner Legitimation zur Klage abgewiesen, über deren Fundament dagegen unter den Parteien in keiner Weise entschieden wurde.

Auch erkennt dies der Appellationsrichter selbst an, wenn er in den Gründen seiner Entscheidung die Ursache der damaligen Abweisung des Klägers nur darin begründet findet: daß Kläger über die, seine Aktivlegitimation begründenden Thatsachen, namentlich über den Tod der Verpächterin, Wittwe Hegemann, als deren Rechtsnachfolger er auftrat, keinen Beweis angetreten habe.

Ein Urtheil dieser Art ist aber kein Urtheil, durch welches, wie die Einleitung zur Prozeß-Ordnung besagt, die Rechte der Parteien, nach gesetzlicher Untersuchung der dem Anspruch des Klägers und der Verbindlichkeit des Verklagten zu Grunde liegenden Thatsachen von dem Richter anerkannt und festgestellt und damit jeder weiteren Anfechtung, unter welchem Vorwande dieselbe auch versucht werden sollte, dergestalt entzogen werden: daß derjenige, der ein solches rechtskräftiges Urtel unter den gesetzmäßigen Erfordernissen erstritten hat, damit für immer wider alle ferneren Anfechtungen seines Gegners und derjenigen, die an seine Stelle treten, gesichert ist.

§§ 65 und 66 a. a. O., cf. § 3 sq.

Nur von einem solchen, das Rechtsverhältniß, aus dem der Anspruch erwachsen, und seine faktische und rechtliche Grundlage rechtskräftig dijudicirenden Urtheil ist aber auch im § 1 Titel 16 Prozeß-Ordnung die Rede und der Appellationsrichter, der dies verkennt, und ad I seiner Entscheidung, bezüglich des Mitverklagten Johann Wilhelm Köllmann, exceptionem rei judicatae für gegründet erachtet, hat sich allerdings einer Verletzung der vorgedachten Bestimmungen über die res judicata nach preußischem Recht schuldig gemacht.

Diese Entscheidung wird in der Praxis schwerlich auf Beifall zu rechnen haben. Auch in den Gründen des oben mitgetheilten Erkenntnisses desselben Gerichtshofes vom 31. März 1859 wird des Falles gedacht, wo es in dem früheren Prozesse am Beweise der Legitimation

Digitized by Google

fehlte, und in diesem Falle das Nachholen des Beweises für die folgenden Instanzen als zulässig erklärt. Dies ist auch unbedenklich richtig; nimmermehr aber ist eine solche Beweisführung dem rechtskräftigen Erkenntnisse gegenüber zuzulassen. Denn da ein nicht bewiesenes Rechtsverhältniß als gar nicht vorhanden gilt, so ist durch jenes Erkenntniß eben ausgesprochen: daß der Kläger nicht die berechtigte Person ist. Mit vollem Rechte waren daher die Richter erster und zweiter Instanz der Ansicht, daß dem Kläger, insoweit er den Joh. Wilh. Köllmann in Anspruch genommen, die res judicata entgegenstehe. Es war in dieser Hinsicht in den Gründen des Appellations-Urtheils vom 7. Mai 1853 gesagt worden:

Der Kläger machte im Vorprozesse gegen den Johann Wilhelm Köllmann ganz denselben Anspruch geltend, wie jetzt, wurde aber mit demselben rechtskräftig abgewiesen. Zwar erfolgte die Abweisung, wie die Entscheidungsgründe ergeben, nur deshalb, weil er über die seine Activlegitimation begründenden Thatsachen, namentlich über den Tod der Wittwe Hegemann, keinen Beweis angetreten hatte. Dies ändert indessen in der Sache nichts.

Die gegenwärtige Klage ist abermals auf den Tod der Wittwe Hegemann basirt, gleich der des Vorprozesses, Kläger ist damals als beweislos abgewiesen, er kann daher den nämlichen Grund in einem neuen Prozesse nicht nochmals vorbringen. Die Abweisung der Klage im Vorprozesse ist nicht etwa zur Zeit, sondern definitiv wegen Beweisfälligkeit ausgesprochen und in dieser Hinsicht trifft die Entscheidung die Sache selbst, so daß res judicata allerdings vorhanden ist.

3. Da die Identität der Streitsache in der Identität des Rechtsverhältnisses beruht, so folgt von selbst, daß ein Zurückgehen auf die in dem früheren Prozesse von dem unterliegenden Theile angeführten Thatsachen und Beweismittel nicht schon an sich eine mit der exceptio rei judicatae abzuwehrende Erneuerung desselben Rechtsstreites enthält.

Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 1. November 1850: Wenn auch auf dieselben Thatsachen, auf welche ein rechtskräftig verworfener Klageantrag gestützt war, niemals derselbe Klageantrag gegründet werden kann, einer solchen Klage vielmehr der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegenstehen würde, so folgt doch daraus noch nicht, daß die Berufung auf solche Thatsachen bei einer neuen Klage unbedingt unzuläßig ist. Es muß vielmehr in solchen Fällen, in welchen der zurückgewiesene Klageantrag auf den Grund neuer Thatsachen überhaupt wiederholt werden darf, dem Kläger gestattet sein, auch auf die älteren Thatsachen zurückzugehen, nicht, um die Klage zu begründen, wohl aber, um das Gewicht der neuen Thatsachen herauszustellen (in Sachen Joh. Caspar Stratmann wider Casp. Friedr. Stratmann).

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 23. Septbr. 1852: Der Einwand der rechtskräftigen Entscheidung ist dadurch allein noch nicht begründet, daß die wegen desselben Anspruches erhobene neue Klage sich auf die-

Digitized by Google

selben, auch in der rechtskräftig zurückgewiesenen früheren Klage angegebenen Beweismittel bezieht.

Striethorst, Archiv B. 7 S. 98—101.

4. Die Frage:

ob die rechtskräftig erfolgte Abweisung des Anspruches auf das Ganze auch die Abweisung des Anspruches auf die einzelnen Theile desselben in sich schließe,

läßt sich nicht unbedingt bejahen.*) Es kommt auf die Beschaffenheit der thatsächlichen Verhältnisse an.

Einen Fall, in dem die exceptio rei judicatae nicht durchgreift, behandelt das Erkenntniß unseres Ob.-Trib. vom 17. Juni 1853:

Den Klägern steht die res judicata nicht entgegen. Möchte in der Regel die Abweisung mit dem Ganzen auch die Abweisung mit dessen Theilen in sich schließen, so ist hier doch der Fall ein anderer. Denn die Verklagten hatten sich in den Besitz des ganzen Nachlasses der Eheleute M. gesetzt, weil sie die einzigen Erben ihres Vaters geworden sind. Der Vorprozeß hatte also eine gemeinschaftliche Masse zum Gegenstande. Mit

---

*) Unger a. a. O. S. 655: ... Da der Theil im Ganzen enthalten und da der Richter berechtigt und verpflichtet ist, innerhalb des Petits auf das Minus zu sprechen, so ist mit dem Ganzen zugleich jeder Theil gefordert, und liegt daher in der Verneinung des Rechts auf das Ganze zugleich eine Verneinung des Rechts auf den Theil. Die Verschiedenheit des Gegenstandes beider Klagen löst sich hierdurch in bloßen Schein auf, da der jetzt geforderte Theil im Objekt der früheren Klage enthalten, also insofern bereits Gegenstand des Prozesses und des Urtheils gewesen ist (l. 7 pr. D. h. t.: Si quis, cum totum petisset, partem petat, exceptio rei judicatae nocet, nam pars in toto est; eadem enim res accipitur et si pars petatur ejus, quod totum petitum est. Nec interest, utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate vel in jure. Proinde si quis fundum petierit, deinde partem petat vel pro diviso vel pro indiviso, dicendum erit exceptionem obstare. Proinde et si proponas mihi certum locum me petere ex eo fundo, quem petii, obstabit exceptio. Idem erit probandum et si duo corpora fuerint petita, mox alterutrum corpus petatur; nam nocebit exceptio ...), vorausgesetzt jedoch, daß das Recht auf das Ganze zum Recht auf den später angesprochenen Theil in einem bedingenden Verhältniß (im Causalnexus) steht, und daß der jetzt geforderte Theil im früheren Ganzen eine solche Existenz führte, daß er selbständig Gegenstand der Anerkennung und des Zuspruchs im früheren Prozeß über das Ganze hätte sein können. (Daraus erklärt sich l. 7 § 2 D. cit. Sed in caementis et tignis diversum est; nam is qui insulam petit, si caementa vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea conditione est, ut videatur aliud petere: etenim cujus insula est, non utique et caementa sunt. Denique ea, quae juncta sunt aedibus alienis, separata dominus vindicare potest).

Vergl. auch Keller § 34, Buchka, Einfluß des Proz. auf das materielle Rechtsverhältniß Th. I S. 137 f.

Digitized by Google

ihrem Anspruche an diese sind sie abgewiesen. Jetzt liegt aber ein ganz anderes Objekt vor; nämlich der Separationsnachlaß der Mutter, welcher seiner Existenz und Größe nach erst durch Scheidung des beiderseitigen Vermögens ermittelt werden soll.... Hiernach sind die Kläger im Vorprozeß eigentlich nur angebrachter Art abgewiesen.

Striethorst, Archiv B. 9 S. 291 f.

Mit dem hier berührten Punkte steht auch die Frage in Verbindung:

ob mit der Aberkennung eines Hauptrechtes auch der damit im Verhältnisse eines Nebenrechts stehende Anspruch für aberkannt zu erachten sei.[1])

5. Nach Voranstellung dieser mehr allgemeinen Gesichtspunkte ist auf die für die Beurtheilung der Identität der Streitsache so wichtige Verschiedenheit der Klagerechte einzugehen.

Fassen wir zunächst die exceptio rei judicatae bei der Eigenthumsklage ins Auge. Diese Einrede ist offenbar begründet, wenn der Vorprozeß sich darüber verhalten hat, wer von den Parteien Eigenthümer der Sache sei,[2]) und nach rechtskräftiger Entscheidung dieses Streites der unterliegende Theil dieselbe Frage abermals vor den Richter bringt.[3])

---

1) Unger, B. 1 S. 601, 602 bemerkt hierüber: Da das Nebenrecht ohne das Hauptrecht nicht existiren kann, so kann aus der Existenz des Nebenrechts auf die Existenz eines Hauptrechts geschlossen werden. Aus diesem Grunde folgt, daß wenn durch Urtheil rechtskräftig entschieden ist, daß das Hauptrecht nicht bestehe, hiermit auch rechtskräftig entschieden ist, daß das Nebenrecht nicht bestehe: der spätern Klage aus dem Nebenrechte wird daher die exceptio rei judicatae entgegenstehen.

Vergl. Buchka, Einfluß des Processes II S. 185, 186, Arnold, Prakt. Erört. aus dem Rechtsgebiet Heft 2 S. 283 f.

2) Anders ist der Fall, wenn der Richter, ohne die Eigenthumsfrage zu entscheiden, den Kläger wegen des Nichtbesitzes des Beklagten (oder wegen des s. g. Mangels der Passivlegitimation) abweist.

l. 17 D. h. t. Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris sine dolo malo te desiisse possidere, deinde postea coeperis possidere, et ego a te petam, non nocebit mihi exceptio rei judicatae.

l. 9 pr. eod.: Si a te hereditatem petam, cum nihil possideres, deinde ubi coeperis aliquid possidere, hereditatem petam, an noceat exceptio ista? Et putem, sive fuit judicatum, hereditatem meam esse, sive adversarius, quia nihil possidebat, absolutus est, non nocere exceptionem.

Vergl. Keller § 36, Buchka II S. 133 f.

3) Vergl. Windscheid, die Actio des röm. Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts (Düsseldorf 1856) S. 74, 75: Wenn der Richter berufen ist, über den Eigenthumsanspruch des Klägers zu entscheiden, so ist ihm dadurch auch die Macht gegeben, ja die Pflicht auferlegt, über denjenigen zu entscheiden, welchen auf dieselbe Sache der Beklagte erheben sollte; denn wenn dieser

Digitized by Google

Hierbei macht es auch keinen Unterschied, ob der abgewiesene Kläger im Vorprozesse mit der eigentlichen Vindication oder mit der Negatorienklage, nämlich mit dem Antrage aufgetreten war, dem Verklagten das behauptete Eigenthumsrecht abzuerkennen.

Ein Fall der letzteren Art ist durch folgendes Erkenntniß des App.-Ger. zu Hamm vom 25. November 1858 (in Sachen Mittelste Hilgenstock wider H. P. Scherhoff M. 440) entschieden worden:

Es handelt sich im vorliegenden Falle nur darum, ob res judicata vorhanden ist, oder nicht. — Das Preußische Recht stellt keine bestimmten Regeln über die Kriterien der exceptio rei judicatae auf. Es ist daher anzunehmen, daß es sich der zur Zeit seiner Emanation geltenden Theorie des gemeinen Rechts angeschlossen hat. Danach ist aber unzweifelhaft, daß dazu dreierlei erfordert wird:

a. derselbe Gegenstand, b. derselbe Rechtsgrund, c. dieselben litigirenden Personen.

Es kann sich hier nur fragen, ob die beiden ersten Erfordernisse vorhanden sind. — Der Kläger hat in der Appellationsrechtfertigung die Behauptung aufgestellt, daß das Fundament des Vorprozesses nicht das Eigenthum, sondern die Eigenthumsberühmung Seitens des Verklagten gebildet, während die gegenwärtige Klage die auf das Eigenthum gestützte rei vindicatio sei. Der Richter zweiter Instanz im Vorprozesse hat auch diese Ansicht insofern für die richtige erklärt, als er in den Erkenntnißgründen die frühere Klage als eine Diffamationsklage charakterisirt und dem Kläger die Anstellung der rei vindicatio anheimstellt. Dem ist aber nicht beizupflichten. Der § 2 Tit. 32 Th. I der A. G. O. bestimmt:

„Wenn Jemand weiß, daß ein Anderer sich eines gewissen Anspruchs an ihn berühme, welchen er nicht einräumen will, so steht es ihm frei, selbst als Kläger in der Hauptsache aufzutreten, und die Unrichtigkeit und Ungültigkeit des behaupteten Anspruchs rechtlich auszuführen."

Und in dem darauf folgenden § 3 heißt es dann ferner:

„Er kann aber auch den Weg der Diffamationsklage wählen."

Der Kläger hat nun im Vorprozesse nicht den letztern Weg, den des Diffamations-Prozesses, welcher die Existenz des Rechts nicht zum Gegenstande

---

als Eigenthümer anerkannt werden müßte, so darf dem Kläger das Eigenthum nicht zugesprochen werden. Es ist hier aber noch weiter zu gehen. Auch wenn der Beklagte seinerseits einen Eigenthumsanspruch auf die Sache nicht erhebt, entscheidet der Richter dennoch, indem er dem Kläger die Sache zuspricht, auch über das Eigenthum des Beklagten. Denn indem er ausspricht, daß die Sache des Klägers sei, spricht er aus, daß sie nicht des Beklagten sei. Tritt also nun der Beklagte später mit einem Eigenthumsanspruch auf, so wird ihm mit Recht entgegengehalten, daß über denselben bereits abgeurtheilt sei. Vergl. l. 15 D. h. t.: ..... interest, utrum meam esse hereditatem pronunciatum sit, an contra; si meam esse, nocebit tibi rei judicatae exceptio, quia eo ipso, quo meam esse pronunciatum est, ex diverso pronunciatum videtur tuam non esse.... Keller S. 224, 225.

Digitized by Google

hat, sondern den im § 2 vorgeschlagenen Weg gewählt. Er ist gegen den Verklagten in der Hauptsache aufgetreten und hat die Unrichtigkeit des von diesem behaupteten Eigenthumsanspruches durch den Nachweis darzuthun gesucht, daß nicht dem Verklagten, sondern nur ihm das Eigenthum an dem streitigen Grundstück zustehe.

Mit dem darauf gestützten Antrage:

„dem Verklagten seinen Eigenthumsanspruch abzuerkennen,"

ist Kläger rechtskräftig abgewiesen. Es kann hiernach nicht der leiseste Zweifel darüber obwalten, daß die Klage des Vorprozesses nichts mehr und nichts weniger als die von einem Eigenthums-Prätendenten gegen den andern angestellte, auf Anerkennung des Eigenthums gerichtete Klage und als solche nothwendigerweise auf das Eigenthum gegründet war. Ganz dasselbe ist nun aber auch mit der jetzt angestellten Klage der Fall, sie unterscheidet sich von der früheren nur dadurch, daß darin die neuen Beweismittel des Eigenthums an die Beweisresultate des Vorprozesses angeknüpft werden.

Eine gleiche Identität liegt ferner vor auch in Beziehung auf den Gegenstand beider Prozesse. In beiden wird, nur mit andern Worten, ganz dasselbe verlangt, denn wenn Kläger in der abgeurtelten Sache den Antrag stellte, dem Verklagten das Eigenthum abzuerkennen, so konnte dieser Ausspruch selbstredend nur dann erfolgen, wenn Kläger dem Verklagten gegenüber sein Eigenthumsrecht nachwies. — Jener Antrag ist daher völlig gleichbedeutend mit dem Antrage: dem Kläger das Eigenthum zuzusprechen. Daß aber die Abweisung dieses letztern Petitums die exceptio rei judicatae für den vorliegenden Rechtsstreit begründen würde, verkennt Kläger selbst nicht. Nicht auf die Worte, worin er seinen Antrag eingekleidet hat, sondern nur darauf kann es ankommen, ob dasjenige, was er früher verlangt hat, mit seinem jetzigen Begehren identisch ist. Dies ist aber zweifellos der Fall, indem nur das Eigenthum an dem fraglichen Grundstücke den Vorwurf und den Gegenstand des Klagepetitums sowohl im frühern als im jetzigen Prozesse bildet und es offenbar nur die Absicht des Klägers ist, den früher mißglückten Eigenthumsbeweis jetzt wieder aufzunehmen, mit andern Worten, den früheren Rechtsstreit fortzusetzen. Ein solches Beginnen darf aber im Interesse der Sicherheit des Rechtszustandes nicht geduldet werden.

Die gegen diese Entscheidung erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist durch das Urtheil des Ob.-Trib. vom 16. September 1859 aus folgenden Gründen verworfen worden:

Der Kläger hat in dem Vorprozesse über das jetzt streitige Grundstück allerdings nicht, wie gegenwärtig die Vindikationsklage, sondern, weil er damals nicht bloß, wie gegenwärtig, das Eigenthum, sondern auch den Besitz zu haben behauptete, nach Anleitung des § 2 Tit. 32 der Prozeß-Ordnung dahin Klage erhoben, dem Verklagten seinen Eigenthumsanspruch auf das Grundstück abzuerkennen. Mit dieser Klage ist er rechtskräftig abgewiesen worden. Die Wirkung einer rechtskräftigen Entscheidung ist aber nicht davon abhängig, ob eine und dieselbe Art der Klage in dem früheren und in dem späteren Prozesse, in welchem der Einwand der rechtskräftigen Entscheidung erhoben wird, vorliege, sondern davon,

Digitized by Google

was der Inhalt der früheren Entscheidung sei. In dieser Beziehung bedarf es eines näheren Eingehens darauf, in wie weit auch nach Preußischem Rechte selbst dann, wenn in dem eigentlichen Gegenstande beider Prozesse eine gewisse Verschiedenheit sich zeigt, durch die Identität der zur Entscheidung gebrachten concreten Rechtsfragen mit den von Neuem vorgebrachten den Einwand der rechtskräftigen Entscheidung begründe,

vergl. v. Savigny, System des heut. röm. Rechts Bd. 6 §§ 291—300

für den vorliegenden Fall nicht. Denn das ist nach den deutlichen Worten des § 65 der Einleitung zur Prozeß-Ordnung und des von den Klagen ex judicato, welche mit dem Einwande der res judicata, was den Inhalt der res judicata betrifft, auf gleicher Linie stehen, handelnden § 14 Tit. 28 ebendaselbst unbestritten, daß die Sache, das Recht, worüber in dem dispositiven Theile des rechtskräftigen Erkenntnisses entschieden worden, nicht von Neuem von demselben Gesichtspunkte, demselben Klagegrunde aus wieder in Frage gestellt werden darf. In dem Vorprozesse zwischen den jetzigen Parteien war nun gerade das Eigenthum an dem fraglichen Grundstücke streitig. Jeder nahm dasselbe in Anspruch. Ueber dieses Eigenthum ist denn auch wirklich entschieden worden, zwar nicht positiv dahin: daß dasselbe dem Einen oder dem Andern zuerkannt wäre, aber negativ dahin: daß Kläger mit seinem Antrage, dasselbe dem Verklagten abzuerkennen, abgewiesen worden. Hiermit ist der Verklagte für immer dagegen geschützt worden, daß der Kläger ihm das Eigenthum aus demselben Fundamente bestreite. Damit steht es aber im direkten Widerspruche, daß er dasselbe für sich in Anspruch nimmt. —

Indem der § 2 Tit. 32 der Prozeß-Ordnung demjenigen, gegen welchen ein Anderer sich eines Anspruchs gerühmt hat, freiläßt, statt den in den §§ 3 und ff. gedachten Weg der Diffamationsklage zu wählen, — selbst als Kläger in der Hauptsache wider denselben aufzutreten und die Unrichtigkeit des behaupteten Anspruchs auszuführen, ist es ja eben die Hauptsache selbst, über welche er den Prozeß gestattet. Diesen Prozeß über die Hauptsache hat das Appellationserkenntniß vom 7. Mai 1857, welches ausdrücklich den angestellten Prozeß als nach dem § 2 angestellt bezeichnet, in vorstehender Art entschieden und es ist nur eine unrichtige Bezeichnung, wenn es am Schlusse die angestellte Klage eine Diffamationsklage nennt, da es die Hauptsache selbst, die Eigenthumsfrage entschieden hat, so kann die schließliche Bemerkung in demselben: ob Kläger sich getraue, bei etwa noch vorhandenen Beweismitteln mit der Vindikationsklage durchzudringen, müsse ihm überlassen bleiben, nach dem Vorstehenden von keiner Bedeutung sein. Ausgesprochen hat das Appellationserkenntniß damit nicht, daß der Kläger überhaupt und namentlich aus denselben Fundamenten, auf welche er damals sein Eigenthum gründete und auf welche er dasselbe auch jetzt wieder gründet, noch eine Vindikationsklage anzustellen berechtigt sei. Und wäre dies wirklich seine Meinung gewesen, so wäre dies nach dem Vorstehenden nur eine unrichtige Meinung. —

Hiernach hat der Appellationsrichter, indem er den Einwand der rechtskräftigen Entscheidung für begründet erachtet hat, die in den §§ 65, 66 der Einleitung und § 1 Tit. 16 der Prozeß-Ordnung ausgesprochenen Grundsätze von der Wirkung rechtskräftiger Erkenntnisse nicht verletzt. —

Digitized by Google

6. Anders liegt der durch das Erkenntniß des Ob.-Trib. vom 11. April 1856 entschiedene Fall. Es wird hier ausgesprochen:

> Die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung ist nicht begründet, wenn der Eigenthümer, nach rechtskräftiger Abweisung der Klage auf Rückgewähr des Grundstückes auf den Grund eines mündlichen Pachtvertrages, hiernächst die Rückgewähr dieses Grundstückes wegen formeller Mängel der Ueberlassungsurkunde fordert. Es ändert hierin nichts, wenngleich in beiden Klagen der Antrag auf Anerkennung des Eigenthums gerichtet und der Kläger mit diesem Antrage in dem Vorprozesse rechtskräftig abgewiesen ist.
>
> Striethorst, Archiv B. 21 S. 67 f.

Der Vorrichter hatte, trotz der ungehörigen Fassung des Klageantrages nur über die actio locati, also über einen durch das Vorhandensein eines Pachtverhältnisses bedingten persönlichen Anspruch erkannt. Sein Urtheil, welches den Klageantrag zurückwies, hat daher damit über die Eigenthumsfrage gar nicht entschieden.*)

7. Die Frage:

> ob nach rechtskräftiger Entscheidung eines Gränzstreites Seitens des unterliegenden Theiles eine Vindication des damals streitigen Gränzstückes zulässig sei,

ist in einem Erkenntnisse des App.-Ger. zu Hamm vom 16. Januar 1860 (in Sachen Wilms wider Lips W. 609) aus folgenden Gründen verneint worden:

> Der Kläger ist durch das Erkenntniß des Kr.-G. zu Dortmund mit seinem Antrage:
>
> > ihm das Eigenthum des Grundes und Bodens zwischen der rothen und blauen Linie der M.schen Karte zuzuerkennen,
>
> auf Grund der exceptio rei judicatae mit Recht abgewiesen worden. — Bereits in dem Vorprozesse hatte der Kläger gegen die Verklagten geltend gemacht: die Gränze zwischen ihren beiderseitigen Besitzungen sei verdunkelt. Seine Besitzung reiche bis an die auf der M.schen Handzeichnung vermerkte rothe Linie A. B. Die Verklagten dagegen behaupteten, daß ihre Besitzung sich bis an die blaue Linie der M.schen Karte erstrecke. Der Antrag des Klägers ging dahin:
>
> > die Gränze zwischen den Besitzungen der Parteien in der Linie A. B. der M.schen Situationskarte festzusetzen und die Verklagte zu verurtheilen, die vier in der Richtung der blauen Linie der M.schen Karte auf dem Eigenthum des Klägers errichteten Gränzsteine wieder fortzuschaffen.

---

*) Unger a. a. O. B. 2 S. 652: Die Abweisung der Eigenthumsklage (Anerkennung des Eigenthumsrechts) hindert nicht die spätere Anstellung einer persönlichen Klage in Ansehung derselben Sache und umgekehrt, obgleich beide Klagen dasselbe praktische Objekt haben, l. 31 D. h. t.

Digitized by Google

Mit dieser Klage ist der Kläger durch das rechtskräftig gewordene Erkenntniß der Ger.-Kommiss. zu Schwerte vom 8. März 1858 abgewiesen. Faßt man nun diese Entscheidung und den derselben zum Grunde liegenden Inhalt des Vorprozesses näher ins Auge, so muß man die exceptio rei judicatae für durchgreifend erachten, indem alle Erfordernisse derselben, wie sie nach den auch für das Preußische Recht in Ermangelung näherer Bestimmungen in Geltung gebliebenen Grundsätzen des gemeinen Rechts anzunehmen sind, vollständig vorliegen. Denn daß der gegenwärtige Rechtsstreit zwischen denselben Parteien bez. deren Rechtsnachfolger geführt wird, ist nicht streitig. Das Fundament der früheren Klage bildete die Behauptung, daß dem Kläger das Eigenthum bis an die Linie A. B. der M.schen Handzeichnung zustehe und demnach diese als Gränze festgestellt werden müsse, und im gegenwärtigen Prozesse stützt der Kläger seinen Anspruch auf Zuerkennung des Eigenthums bis zur Linie A. B. auf dieselben Gründe. Wenn nun auch das Petitum im Vorprozesse etwas anders gefaßt ist und damals die Klage auf Gränzregulirung gerichtet war, so kann doch darauf nichts ankommen, weil im gegenwärtigen Rechtsstreite dasselbe, wenn auch mit andern Worten, verlangt wird, und der Umstand, daß die spätere Klage mit der früheren dem Namen nach nicht identisch ist, nichts entscheidet.[1])

Ebenso ist in einem umgekehrten Falle, wo die rechtskräftig abgewiesene Vindicationsklage in Form der Gränzregulirungsklage erneuert wurde, die exceptio rei judicatae durch das Erkenntniß unseres Ob.-Trib. vom 9. Februar 1858 für durchgreifend erklärt worden:

Die im Vorprozesse abgeurtelte Klage beruhte auf demselben Sachverhältnisse und im Wesentlichen auf denselben Rechtsfolgerungen, wie die jetzige, und ihr Prinzipalantrag ging dahin:

das Eigenthum des Mühlenteichs bis an die Gränze des Grundstückes des Verklagten, u. v. w. der Handzeichnung, den Klägern zuzusprechen.

Der Antrag der gegenwärtigen Klage ist dahin gerichtet:

die Gränze zwischen dem Mühlenteiche der Kläger und dem Grundstücke des Verklagten zu reguliren und solche in der Linie u. v. w. festzusetzen.

Wie ihr Klageantrag auf das Bestimmteste nachweist, hat die gegenwärtige Klage ganz dasselbe Ziel, beide Klagen also betreffen dieselbe Sache, wenn auch die letzte Klage Gränzregulirungsklage genannt ist. Da nun auch in beiden Prozessen dieselben Parteien aufgetreten sind, die Klage aber im Vorprozesse rechtskräftig abgewiesen ist, so steht der jetzigen Klage der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen...[2])

Entscheid. B. 38 S. 379 f.

---

1) Vergl. l. 1 D. fin. reg. (10, 1): Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.

2) Koch, Anleitung zur Preuß. Prozeßpraxis Th. I (Berlin 1860) S. 895 f., will diese Entscheidung nicht als sachgemäß anerkennen. Er bemerkt dagegen: „Wenn eine gewisse Fläche zwischen zweien Grundstücken wegen Ungewißheit der Grenzen von dem einen Nachbar als sein Eigenthum bis zu einer bestimmt angegebenen Linie aus dem jüngsten Besitze des Anderen vindizirt und die-

Digitized by Google

8. In Betreff der Frage:

in wie fern die siegreich durchgeführte Negatorienklage die exceptio rei judicatae gegen die spätere Confessorienklage des damaligen Beklagten begründe,

hat das O. H. G. zu Mannheim in einem Erkenntnisse vom 24. August 1863 den Rechtssatz aufgestellt:

„Wenn auf Grund einer Negatorienklage die Freiheit des Guts von einer Dienstbarkeit (Servitut) ausgesprochen ist, so kann der Negatorienbeklagte, welcher das Dienstbarkeitsrecht in Anspruch nimmt, später nicht wieder mit einer dießfallsigen Confessorienklage auftreten. Es steht ihm die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen, wenn er gleich seine Confessorienklage auf einen anderen Titel baut, als auf welchen hin er früher in der Vertheidigung gegen die Negatorienklage sein Dienstbarkeitsrecht gebaut hat." In den Motiven ist gesagt:

Wäre der jetzige Kläger schon in dem früheren Rechtsstreite als Kläger aufgetreten, und hätte seine Confessorienklage nur auf Verjährung gebaut, so könnte es keinem Zweifel unterliegen, daß er jetzt auf den Grund eines andern Titels mit einer neuen Klage auftreten könnte.

Anders verhält es sich aber, wenn es sich um Einreden gegen eine Negatorienklage handelt.

Der Negatorienbeklagte hat nach Vorschrift der Proceß-Ordnung alle Einreden, folglich auch alle Rechtstitel, auf die er sein Dienstbarkeitsrecht einwendend gründen will, in dem nämlichen Verfahren vorzutragen, und

---

Vindikation wegen Beweisfälligkeit abgewiesen worden wäre, so ist damit die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache gegen die demnächst angebrachte Grenzklage keineswegs gegeben. Denn wenngleich nicht das Eigenthum an der ganzen streitigen Fläche hat bewiesen werden können, so kann doch eine richtige Erforschung der ehemaligen Grenzen das Ergebniß haben, daß ein Stück davon auf die Seite des Klägers fallen muß, weil bei dieser Untersuchung andere Grundsätze zur Anwendung kommen und wegen der rechtlichen Natur des judicii duplicis keine bloße Abweisung des Klägers eintreten kann, sondern der Beklagte auch seinerseits den Grenzzug, den er für den richtigen hält, unter Anzeige der für seine Behauptung dienenden Beweise bestimmt angeben muß, sich aber nicht auf ein bloßes Bestreiten einlassen darf. Und demnächst darf der Richterspruch nicht, wie bei der Reivindikation auf eine bloße Abweisung des Klägers lauten, sondern er muß positiv einen bestimmten Grenzzug festsetzen." In der Note ist noch hinzugefügt: „Die Verhandlungsmaxime und die Verordnung vom 21. Juli 1846 §§ 14 und 27 haben die materiellen Rechtsgrundsätze der §§ 372 und 375 Tit. 17 Th. I des A. L. R. nicht aufgehoben, und die Verhandlungsmaxime tritt dem Grenzregulirungsverfahren ganz und gar nicht entgegen; eine bloße Abweisung der Grenzregulirungsklage, wenn der Kläger ein Berechtigter zu dem einen der beiden anstoßenden Grundstücke ist, wie es in jenem Streite der Fall war, ist rechtlich nicht statthaft."

Diese Bemerkungen sind vollkommen richtig, allein sie treffen die angeführte Entscheidung des Ober-Trib. nicht. Nach dem derselben zum Grunde liegenden Sachverhältnisse stand rechtskräftig fest, daß das Grundeigenthum des Klägers sich nicht bis zu der von ihm angegebenen Gränzlinie u. s. w. erstrecke. Es war daher die von ihm behauptete Ungewißheit oder Verdunkelung der Gränze gar nicht mehr als vorhanden anzuerkennen. Hiermit gebrach es aber an der rechtlichen Voraussetzung der Gränzregulirungsklage.

Digitized by Google

er kann nur noch in der Appellationsinstanz Nachträge machen, nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils aber nur noch im Wege der Wiederherstellungsklage neue Thatsachen vortragen, um das ihm aberkannte Dienstbarkeitsrecht nochmals zu begründen. Mit Vorbehalt dieser letztern Ausnahme sind alle Einreden, die nicht zu rechter Zeit vorgetragen wurden, verloren, und sie können auch nicht mehr im Wege der besondern Klage geltend gemacht werden, um die Wirkung des gegen den Beklagten ergangenen Urtheils wieder aufzuheben. Wenigstens muß dieß von denjenigen Einreden gelten, welche nicht ein selbstständiges, von dem im ersten Verfahren entschiedenen Streitgegenstand verschiedenes Klagbegehren begründen; namentlich kann also, wenn die Freiheit eines Guts der Streitgegenstand war, ein Grund, der gegen diese Freiheit einredend geltend gemacht werden konnte und nicht geltend gemacht wurde, hintennach nicht wieder im Wege einer neuen Klage vorgebracht werden, um wieder ein, der rechtskräftig ausgesprochenen Freiheit des Guts widersprechendes Urtheil zu erwirken.

Der Grund der Verschiedenheit dieses Falles von demjenigen, wo mehrere Klagen nacheinander, auf verschiedene Thatsachen gebaut, angebracht werden, liegt darin, daß kein Gesetz die gleichzeitige Anbringung verschiedener Klaggründe vorschreibt, wie dieß die Proceßordnung hinsichtlich der verschiedenen Einredegründe thut.

Jahrb. VIII S. 305 ff.

Bekk bemerkt zu dieser Entscheidung:

Wie dem Vindicationsbeklagten, der unterliegt, das Eigenthum definitiv abgesprochen ist, und er dasselbe nicht aus Titeln, die er als Einreden hätte vorbringen mögen, wieder vindiciren kann, — ebenso ist dem unterliegenden Negatorienbeklagten das Dienstbarkeitsrecht definitiv abgesprochen; und er kann dasselbe nicht (aus Gründen, die er als Einreden gegen die vom Negatorienkläger behauptete Freiheit hätte geltend machen mögen) durch die Confessorienklage wieder erlangen.

Der Grund, warum der abgewiesene Vindications- oder Negatorienkläger mit einer (auf ein neues Fundament gestützten) neuen Klage auftreten darf, der verurtheilte Vindications- oder Negatorienbeklagte aber mit einer solchen, neu begründeten, eigenen Klage (sofern nur der neue Klaggrund nicht erst nach dem Urtheil existent wurde) nicht mehr zugelassen wird, liegt darin, daß der erstere ein Kläger und der letztere ein Beklagter ist, und daß dem Kläger nach den Gesetzen unbenommen ist, seine verschiedenen Klaggründe, wenn er sie nicht cumuliren will, in gesonderten Klagen nach einander vorzubringen, während der Beklagte nach den processualischen Vorschriften verbunden ist, alle seine Einreden, womit er den Bestand des klägerischen Rechtes anfechten will, bei Verlust derselben im nämlichen Proceßverfahren vorzubringen, und er nicht einen Einredegrund hintennach benützen kann, um durch eine darauf zu bauende eigene Klage nachträglich wieder eine andere Entscheidung zu erwirken.

Die Behauptung, daß eine Thatsache, die zum Grund einer Einrede gemacht wurde, später unbedenklich stets wieder zur Begründung einer eigenen Klage benützt werden könne, läßt sich nicht rechtfertigen,

Digitized by Google

wenigstens nicht in ihrer Allgemeinheit und namentlich alsdann nicht, wenn jene Thatsache sich in der That auf das Recht bezieht, welches durch die Klage zum Streitgegenstand gemacht ist. Es ist in diesem Falle durch das Urtheil immer auch über die Einrede, beziehungsweise über das daraus abgeleitete Recht mitentschieden, der Beklagte kann also die Thatsache nicht wieder zum Grund einer Klage machen, um direct oder indirect wieder ein dem Urtheil widersprechendes Resultat herbeizuführen.
Seuffert, Archiv B. 10 Nr. 93.

9. Umgekehrt wird der rechtskräftig abgewiesene Negatorienkläger durch diese res judicata gehindert, späterhin die behauptete Freiheit von der fraglichen Last, es sei als Kläger oder als Beklagter, abermals geltend zu machen.

Erkenntniß des Ob. Trib. zu Berlin vom 19. August 1848:

Der Baumeister K. hatte vom Lieutenant v. G. ein Bauergut zu S. 1833 für 6000 Thlr. erkauft und dem Fiskus nicht blos 2 Prozent Verreichsgebühren, sondern noch 217 Thlr. 3 Sgr. 9 Pf. an Hut-, Zähl- und Verreichsgeldern erlegt. Er forderte die letztere Summe zurück, weil dergleichen Gelder zu den gesetzlich aufgehobenen Sporteln gehörten. Verklagter machte ihm den Einwand rechtskräftig entschiedener Sache. Es hatte nämlich sein Vorbesitzer v. G., als er das Bauergut 1822 erkaufte, ebenfalls jene Abgaben bestritten, war aber 1832 in conventione mit seinem Antrage: „den Fiskus für nicht befugt zu erachten, unter dem Titel der Verreichs-, Hut- und Zählgelder, Jurisdiktionsgefälle von dem fraglichen Bauergute und insbesondere für den Kauf von 1822 die Summe von 287 Thlrn. 7 Sgr. 6 Pf. fordern zu dürfen" rechtskräftig abgewiesen, und in reconventione zur Zahlung dieser Summe verurtheilt worden. Kläger wollte von diesem Judikat keine Kenntniß gehabt haben, und glaubte, daß es für ihn ohne Wirkung sei, besonders weil damals nur negatorisch geklagt worden.

In I. wie in II. Instanz war angenommen, daß jenes Judikat dem Kläger entgegenstehe, und die Abgabe dadurch für immer als Dominialabgabe festgestellt sei, der Kläger demzufolge auch mit der Klage abgewiesen, indem mit der Pflicht sich die condictio indebiti von selbst beseitige. — Kläger erhob noch die Nichtigkeitsbeschwerde, weil die Natur eines Judikats verkannt worden; sie wurde jedoch vom Geheimen Obertribunal zurückgewiesen.

Es seien hier nach L. 7. § 4 und 1. D. de except. rei jud. alle Erfordernisse der exceptio rei judicatae, sowohl die subjektive als die objektive Identität vorhanden. Im Vorprozeß sei v. G. nicht allein zur Zahlung der Hut-, Zähl- und Verreichsgelder an die Gutsherrschaft verurtheilt, sondern auch mit seinem Antrage „dieselbe für nicht befugt zu erachten, diese Gefälle vom Bauergut und insbesondere für den Kauf von 1822 fordern zu dürfen" abgewiesen worden. Der Tenor des Urtels selbst umfasse neben der damaligen Abgabe auch die fernere Verpflichtung, womit auch die Urtelsgründe harmonirten. Es sei wirklich entschieden: ob eine solche Last auf dem Bauergut hafte oder nicht hafte? und die Entscheidung bejahend erfolgt. Daß damals negatorisch geklagt war, mache keinen Un-

Digitized by Google

terschied, weil in der Zurückweisung der Negatorienklage nothwendigerweise eine Anerkennung des vom Gegner beanspruchten Rechts liege, und dieselbe Negatorienklage daher auch nicht erneuert werden könne. Wenn Implorant dem entgegensetze, daß der Konfessionskläger aus einem andern Fundament von neuem klagen könne, so übersehe derselbe, daß seine Negatorienklage auf dem gleichen Fundament, nämlich der gesetzlichen Vermuthung für Freiheit des Eigenthums beruhe, mithin die Streitfrage lediglich die des Vorprozesses sein würde, die objektive Identität sei hiernach unzweifelhaft. Ein gleiches sei aber auch der Fall bei der subjektiven Identität. Zwar habe nicht Implorant, sondern sein Vorbesitzer v. G. die Stelle des Klägers im Vorprozeß vertreten; derselbe sei aber damals Besitzer des belasteten Guts, und der Gegenstand des Prozesses sei die Existenz eines Realanspruchs gewesen; mithin müsse Kläger nach L. 28. D. de except. rei jud. jene Entscheidung auch gegen sich gelten lassen, da die beiderseitigen Grundstücke eigentlich als diejenigen Subjekte zu betrachten seien, zwischen welchen der Prozeß entschieden worden, womit auch der §. 7. A. G. O. I. 24. übereinstimme, indem nach demselben derjenige, dessen Gerechtsame in Ansehung eines gewissen Gegenstandes lediglich von der Gerechtsame eines andern abhängen, alles das gegen sich gelten lassen müsse, was wegen sothanen Gegenstandes rechtlich erkannt worden.

Rechtsfälle B. 4 S. 306, 307.

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 26. Februar 1855:

In dem zwischen den Parteien früher geführten Rechtsstreite ist die Berechtigung des katholischen Pfarrers zu K., von der Mühle zu K. jährlich 4 Viertel Roggen fordern zu dürfen, Gegenstand und zwar alleiniger Gegenstand des Streites gewesen; diese Berechtigung ist von dem Pfarrer bewiesen, und auf Grund dieses geführten Beweises ist die Klägerin dort mit ihrer Negatorienklage ab- und zur Ruhe verwiesen worden. Diese Abweisung, die nach kontradiktorischer Erörterung der Sache im regelmäßigen Prozesse ausgesprochen wurde, hat über den Gegenstand des damaligen Streites unter den Parteien endgültig entschieden, nämlich, daß der Besitzer der Mühle von der Verpflichtung zur Entrichtung dieser beständigen Abgabe nicht befreit werden könne, und deshalb durfte der Appellationsrichter auch annehmen, daß derselbe Besitzer nicht befugt sei, seine Freiheit von dieser Last im Wege der Einrede geltend zu machen.

Indem man dem Judikate vom 2. März 1846 diese Wirkung beilegt, wird dasselbe nicht, wie Implorant dem vorigen Richter zum Vorwurf macht, nach Maaßgabe der Urtheilsgründe auf eine unzulässige Weise über seinen klaren Inhalt hinaus ausgedehnt, da dieser Inhalt die Abweisung des erhobenen Anspruches ausspricht, und die Gründe dieser Entscheidung nur die Ueberzeugung gewähren, daß dieselbe wirklich eine definitive und auf Grund gehöriger Erörterung der Sache ergangen war. Die Gründe dieser Entscheidung werden also nur dazu benutzt, um außer Zweifel zu stellen, daß wirklich ein den Streitfall vollständig erledigendes Urtheil vorliegt, und es wird nicht etwa blos der in diesen Gründen entwickelten Meinung des Richters von dem zwischen den Parteien streitig gewesenen Rechtsverhältnisse oder den von ihm in dieser Beziehung ausgesprochenen Rechtssätzen, sondern der im Tenor ausgesprochenen, aus den Gründen so

Digitized by Google

weit als nöthig erläuterten Entscheidung selbst die Rechtskraft beigelegt, wie dies dem im Urtheil des Ober-Tribunals vom 16. Oktober 1848 (Präjudiz No. 2080) aufgestellten Grundsatze gemäß ist.

Wenn es daher auch richtig ist, was Implorant noch geltend macht, daß jenes frühere Urtheil nicht auch die Verpflichtung des damaligen Klägers zur Entrichtung der fraglichen Abgabe ausgesprochen hat, — was nicht geschehen konnte, weil vom Verklagten keine Widerklage erhoben war — so hat dies doch nur die Folge, daß aus jenem Judikate keine Exekution nachgesucht werden konnte, vielmehr der Berechtigte von seiner Seite noch Klage anstellen muß, wenn er der gerichtlichen Hülfe zur Erlangung des Genusses seines Rechtes bedarf; es wird aber dadurch, daß ein Judikat nicht sofort vollstreckbar erscheint, dessen Bedeutung als solches nicht aufgehoben, wie ja schon die Klagen ex judicato zeigen.

Striethorst, Archiv B. 17 S. 62—66.

Mit diesen Rechtssprüchen ist ein durch das Erkenntniß des O. A. G. zu Darmstadt vom 15. Mai 1841 entschiedener, von Bopp im Archiv für die civilistische Praxis B. 43 S. 48—50 mitgetheilter Rechtsfall zu vergleichen:

Die Gemeinde E. wurde von der Verwaltungsbehörde angehalten, zu den Kosten der Reparatur der Oekonomiegebäude der Pfarrwohnung zu F. beizutragen, weil sie eine Filialgemeinde der Pfarrei F. sei, und stellte die Negatorienklage gegen diese Gemeinde auf Befreiung von dieser Last an. Sie wurde damit abgewiesen, weil sie den entsprechenden Beweis nicht erbringen konnte.

Einige Jahre später wurde die Gemeinde E. aufgefordert, als Filial zu den Kosten des Neubaus des Pfarrhauses zu F. beizutragen. Erhebung einer neuen Negatorienklage. Die dagegen gerichtete Einrede der Rechtskraft, gestützt auf das frühere Urtheil, ward in erster und zweiter Instanz für begründet erkannt. In Folge hiervon Verwerfung der Klage. In letzter Instanz wurde angenommen, das frühere Verfahren beurkunde, daß die Gemeine E. Filial der Pfarrei F. sei, wenigstens in einem Parochialverbande mit derselben stehe, weil der Pfarrer zu F. seit undenklichen Zeiten auch Pfarrer der Gemeinde E. sei. Indessen reformirte das Tribunal doch dahin: Der Klägerin sei der Beweis ihres Klaggrundes, der Beweis aufzulegen, daß sie herkömmlich von der Concurrenz zu den Kosten des Neubaus der Pfarrwohnung frei sei. Gründe: Die Rechtskraft kann der Klage nicht entgegengesetzt werden. Durch ihre frühere Klage hatte die Klägerin die Freiheit von Beiträgen zu den Kosten der Ausbesserung der Pfarr-Oekonomiegebäude darauf hin angesprochen, daß sie kein Filial der Pfarrei F. sei, vielmehr eine eigne Parochie bilde. Jetzt behauptet sie, daß sie niemals zu den Kosten des Baus der Pfarrwohnung zu F. beigetragen habe, dazu nicht verbunden sei. Also die Behauptung herkömmlicher Befreiung von dieser Verbindlichkeit, und so ein verschiedenes Fundament der Klage. Hiernach fehlt es an einer Bedingung der Statthaftigkeit jener Einrede. Dagegen kann diese nicht durch Hindeutung darauf elidirt werden, daß der Gegenstand verschieden sei, indem es sich früher von dem Antheil an den Kosten der Unterhaltung der

Digitized by Google

Oekonomiegebäude gehandelt habe, jetzt aber es sich von der Theilnahme an den Kosten des Neubaus des Pfarrhauses handle. Streitgegenstand war früher die auf den Titel hin, daß E. kein Filial von F. sei, angesprochene Freiheit von Entrichtung der Beiträge zu den Parochialkosten, nicht die einzelne Leistung, zu welcher damals die Klägerin aufgefordert wurde. Der vorliegende Fall ist in der eingreifenden Beziehung identisch mit dem, da Jemand, gestützt auf ein ihm zustehendes Eigenthumsrecht, gegen einen Dritten darum klagt, weil dieser über sein Grundstück gehe, dieser aber eine Wegegerechtigkeit anspricht und nachzeigt, so daß die Klage verworfen wird. Hier kann Kläger keine neue Klage, gestützt auf den früheren Klagegrund, darum erheben, weil Beklagter über sein Grundstück reite, und die Einrede der Rechtskraft kann er nicht dadurch wegschieben, daß er hervorhebt, früher sei nur das Gehen, nicht das Reiten über das Grundstück Gegenstand des Rechtsstreits gewesen. Denn diesen Gegenstand bildete die Beides umfassende Wegegerechtigkeit; die rechtskräftige Abweisung der ersten Klage trägt die der zweiten in sich. Dadurch, daß die Klägerin mit ihrer früheren Klage, gestützt auf die Behauptung, sie sei kein Filial von F., abgewiesen wurde, weil sie den das Fundament der Klage angehenden Beweis nicht erbrachte, ist ihre Eigenschaft als Filial, und somit ihre Verbindlichkeit zur Theilnahme an allen den Filialisten obliegenden Lasten rechtskräftig festgestellt. Also Gleichheit des Streitgegenstandes.

10. Von besonderer Wichtigkeit erscheint unsere Einrede auf dem Gebiete des Obligationenrechts.[1]) Sie macht sich hier in den vielfachsten Anwendungen geltend, von denen nur die in der Praxis am häufigsten vorkommenden vorgeführt werden sollen.

a. Die Behauptung des Vorhandenseins einer bestimmten, aber nicht erwiesenen causa hindert den im früheren Prozesse rechtskräftig abgewiesenen Kläger nicht, ex alia causa zu klagen.[2])

---

1) Vergl. Buchka I S. 25: Die Individualität einer Obligation ist durch ihre Subjecte, ihr Object und ihren Entstehungsgrund bedingt, woraus sich als Regel für die Identität der Klagen aus diesen Rechtsverhältnissen ergibt, daß, wenn dieselbe als vorhanden angenommen werden soll, alle drei erwähnten Requisite zusammen treffen müssen.

2) Vergl. Unger a. a. O. B. 2 S. 568, 569: Die Identität des Inhalts und des Objekts vorausgesetzt, kann eine Verschiedenheit der Rechte durch die Verschiedenheit des Entstehungsgrundes (der s. g. causá remota, causa specialis) bewirkt werden. Dies ist bei den Forderungsrechten der Fall, deren Individualität mit durch den Entstehungsgrund (die causa debendi) bestimmt wird, so daß sich die einzelne Forderung von ihrer causa nicht trennen läßt (singulas obligationes singulae causae sequuntur l. 14 § 2 D. h. t.). Es können in Beziehung auf ein und dasselbe Objekt so viele Obligationen entstehen und bestehen, als Entstehungsgründe möglich sind: die Verschiedenheit des Entstehungsgrundes macht trotz der Identität des Objekts die Forderung zu einer andern: die Verschiedenheit des obligatorischen Faktums oder Umstands erzeugt eine Verschiedenheit der obligatorischen Ansprüche. Es steht deshalb der späteren aus

Digitized by Google

Erkenntniß des O. T. zu Berlin v. 28. Oktbr. 1856: Durch rechtskräftiges Erkenntniß erlöschen Rechte, es bewirkt formelles Recht unter den Parteien Allg. Land-Recht I. 16. § 7. Allg. Ger. Ord.-Einl. §§ 65, 66. I. 5 § 6. I. 9. § 6. I. 10. § 60. I. 16. § 1.

Unter den streitenden Theilen steht daher durch das im Vorprozesse ergangene rechtskräftige Erkenntniß, welches Rücksichts des damals streitigen Rechts, des Gegenstandes der Entscheidung, und des Umfanges der letzteren seine Erläuterung in den Urtheilsgründen findet, fest, daß Ansprüche für gelieferten Saatroggen aus einem Kaufvertrage der Kläger an den Verklagten nicht zu machen habe. Aus einem andern Fundament (dem der nützlichen Verwendung) denselben Hauptzweck verfolgende Ansprüche in Bezug auf jene Roggenlieferung an den Verklagten zu machen, ist der Kläger dadurch nicht gehindert, wohl aber gilt, in Bezug auf dergleichen Ansprüche, unter den Parteien der Klagegrund des früheren Prozesses als nicht vorhanden .....

Striethorst, Archiv B. 26 S. 24—26.

b. In dem Erkenntnisse desselben Gerichtshofes vom 21. Februar 1859 wird die Frage entschieden:

in wie fern die Geltendmachung eines, auch nur in thatsächlicher Beziehung verschiedenen Obligationsgrundes dazu angethan sei, den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache auszuschließen.

In dem Vorprozesse wurde die Klage wegen Rückzahlung des gesammten Kaufgeldes von 1800 Thlrn. darauf gestützt, daß die Verklagten sich als Eigenthümer von Rechten und Grundstücken gerirt hätten, welche sie niemals besessen und erworben und die sie daher auch dem Kläger nicht gewähren könnten. Das erste, demnächst in Rechtskraft übergegangene Urtel wies den Kläger zurück, weil er vorab die ihm von den Verklagten abgetretenen Rechte wider die gegenwärtigen Inhaber derselben geltend machen und den Erfolg dieses Processes und der von den Verklagten Behufs Erlangung der Rechte getroffenen Maaßregeln abwarten müsse, da diese möglicher Weise dadurch in die Lage kommen könnten, ihm die abgetretenen Rechte zu gewähren.

In dem gegenwärtigen Processe wird nicht das gesammte Kaufgeld von 1800 Thlrn., sondern auf Grund einer besonderen Stipulation des Vertrages, wonach bei der im Proceßwege nicht zu bewirkenden Eintragung im Berggegenbuche 900 Thlr. zurückgezahlt werden sollten, die Erstattung dieser Summe verlangt, wobei ausgeführt wird, daß jene Stipulation auch eintreten müsse, wenn die abgetretenen Rechte nicht klagbar seien, was in sofern der Fall sei, als die Autoren der Verklagten theils gar nicht, theils nicht allein über die von diesen an ihn — den Kläger — weiter cedirten Ansprüche hätten verfügen können.

Hiernach sind allerdings die in dem Processe stehenden Personen die nämlichen, nicht aber liegt dieselbe Streitfrage vor. Einmal fehlt es schon

---

einem anderen Entstehungsgrund abgeleiteten, auf denselben Gegenstand gerichteten persönlichen Klage die exceptio rei judicatae nicht entgegen.

Vergl. auch Buchka Einfluß des Prozesses ꝛc. I, S. 58 f.


Digitized by Google

an der Identität in Bezug auf den Gegenstand. Diese würde allerdings obwalten, wenn die jetzt geforderten 900 Thlr. im Verhältnisse des Theiles zu dem Ganzen der früher eingeklagten 1800 Thlr. in Betracht kämen. Allein an einem solchen Verhältnisse gebricht es, wenn erwogen wird, daß früher der gesammte Kaufpreis in Frage stand, während es sich jetzt nur um eine, auf besonderer Stipulation beruhende, einen Theil des Kaufpreises erreichende Entschädigung handelt. Abgesehen hiervon fußt aber jedenfalls die jetzige Klage auf einem anderen obligatorischen Grunde, als die frühere. Zwar ist die causa remota, nämlich der geschlossene Kauf und die Unmöglichkeit der Gewährung des gekauften Gegenstandes dieselbe geblieben; allein die causa proxima hat sich geändert. Während dieselbe im Vorprocesse auf der Unterstellung, daß Verklagte die verkauften Objecte nicht erworben und besessen hätten, in Verbindung mit den hierfür maaßgebenden gesetzlichen Folgen beruhte, stützt sich die gegenwärtige Klage darauf, daß die Autoren der Verklagten zur Veräußerung außer Stande gewesen, in Verbindung mit einer, angeblich auf diesen Fall anzuwendenden vertragsmäßigen Stipulation. Ob Letztere anwendbar sei auf die neu angeführte Thatsache, dies muß jetzt dahin gestellt bleiben, da es vielmehr nur darauf ankommt, daß die Thatsache in Verbindung mit der ihr in Bezug auf jene Stipulation beigemessenen Erheblichkeit, noch keiner richterlichen Würdigung unterlegen hat. Beide zusammen stellen aber einen anderen obligatorischen Grund dar, als den im Vorprocesse geltend gemachten und darum greift die exceptio rei judicatae nicht Platz.

Entscheid. B. 41 S. 393—401.

c. Die rechtskräftige Abweisung der auf Quittungsleistung gerichteten Klage schließt den späteren Einwand der Zahlung aus.

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 8. Juni 1855: Der Einwand der rechtskräftigen Entscheidung wird nicht durch die Uebereinstimmung des Klageantrages bedingt. Die Identität der Rechtsfrage und des Gegenstandes ist auch dann vorhanden, wenn der Schuldner, nachdem er im Vorprozesse mit der gegen den Gläubiger angestellten, auf die Behauptung der Zahlung der Forderung gegründeten Klage auf Quittungsleistung abgewiesen worden ist, gegen die hiernächst von dem Gläubiger wider ihn erhobenen Klage auf Zahlung dieser Forderung die Einrede der geleisteten Zahlung erhebt.

Striethorst, Archiv B. 18 S. 44—48.

d. Ebenso steht der von dem Käufer wegen einer auf der Sache haftenden Last angestellten Gewährleistungsklage die frühere Abweisung seines auf Löschung dieser Last gerichteten Klageantrages als res judicata entgegen.

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 27. November 1854: Im Vorprozesse hatte der Kossäth L., Käufer eines Grundstücks, den Kaufmann B., Verkäufer dieses Grundstücks, verklagt, indem er darauf angetragen hatte, denselben zu verurtheilen, den auf dem Grundstücke lastenden Altentheil zur Löschung zu bringen. Mit dieser Klage rechtskräftig abgewiesen, beantragte L. in einer gegen den B. erhobenen neuen Klage dessen Ver-

Digitized by Google

urtheilung: ihm den Altentheil zu vertreten und ihm alle seine in separato festzustellenden Aufwendungen zur Befriedigung der Altsitzerin zu erstatten. — Der Beklagte machte die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache geltend. Der zweite Richter verwarf diese Einrede und verurtheilte deshalb unter Abänderung des die Klage abweisenden ersten Urtheils den Verklagten nach dem Klageantrage. Auf eingelegte Revision hat das Ober-Tribunal das zweite Urtheil abgeändert und das erste Urtheil wiederhergestellt.

Gründe:

Kläger verlangt Vertretung für den auf dem Gute ruhenden Altentheil. Es ist jedoch bereits durch das Judikat des Vorprozesses rechtskräftig entschieden, daß ihm Verklagter dafür zu keiner Gewähr verpflichtet ist. Eine nochmalige richterliche Entscheidung darf hierüber nicht stattfinden, §§ 65, 66 der Einleitung, § 1. I. 16 der Allgemeinen Gerichtsordnung. Der Vorprozeß ist unter den jetzigen Parteien ergangen. In beiden Prozessen ist der Gegenstand identisch; er betrifft denselben auf dem verkauften Gute für die Wittwe G. haftenden Altentheil. Auch die Identität des Fundaments und Streitpunkts ist vorhanden. In beiden Prozessen handelt es sich darum, ob Verklagter auf Grund des abgeschlossenen Kaufkontraktes dem Kläger den fraglichen Altentheil zu vertreten habe. Nur die Anträge sind insofern verschieden, als der des Vorprozesses auf Löschung des Ausgedinges gerichtet war, der jetzige auf Vergütung der der Ausgedingerin erfüllten, und noch zu erfüllenden Leistungen geht. Allein die Uebereinstimmung des Klageantrages gehört nicht zu den nothwendigen Voraussetzungen der res judicata. Durch die rechtskräftige Zurückweisung des Anspruches auf Befreiung von dem Ausgedinge ist ausgesprochen, daß Kläger die auf dem Grundstücke ruhende Last übernommen, dem Verkäufer gegenüber das Grundstück mit der Last erworben hat. Steht dies fest, so fehlt es ihm an jedem Recht, vom Verklagten Vergütung des an die Ausgedingerin Geleisteten zu fordern.

Striethorst, Archiv B. 15 S. 255, 256.

e. Der auf Grund eines Pactums rechtskräftig abgewiesene Kläger hat, wenn er hinterher auf Ungültigkeit dieses Pactums klagt, die exceptio rei judicatae gegen sich.

Erkenntniß des O. A. G. zu Celle vom 16. December 1844: Die Klägerin ist mit der vorhin erhobenen, auf den am 13. Januar 1828 abgeschlossenen Kauf- und Ueberlassungscontract gestützten, wider den Beklagten auf Prästation des ihr in jenem Contracte ausgesetzten Altentheils gerichteten Klage auf den Grund der Einrede des Beklagten aus den späteren Vereinbarungen, durch welche mit ihrer Zustimmung der Beklagte von der Altentheilsleistung liberirt, und solche von dem Joh. Hoops zu Beerste übernommen worden — rechtskräftig zurückgewiesen. Insofern nun ihre gegenwärtige, denselben Zweck verfolgende Klage auf die vermeintliche Nichtigkeit der letztgedachten Vereinbarungen und folgeweise auf die fortdauernde Gültigkeit des obigen Contracts vom 13. Januar 1828 wiederum fundirt werden soll, steht derselben die Einrede der rechtskräftigen Entscheidung entgegen.

Seuffert, Archiv B. 10 Nr. 293.

Digitized by Google

f. **Ueber die Frage:**

in wiefern die rechtskräftige Verwerfung des Einwandes der Kompensation die spätere Geltendmachung der fraglichen Forderung im Wege der Klage ausschließe,*)

spricht sich ein Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden dahin aus:

Die Einrede der Compensation, deren Beweis mißlungen ist, geht in der Regel nur nach Höhe der in der Klage geforderten Summe verloren, und kann daher rücksichtlich des Ueberschusses, da er als im Streite mit begriffen nicht erscheint, durch besondere Klage geltend gemacht werden. Biener Quaest. cap. 69 (Opusc. acad. Vol. II nr. 62 p. 270).

v. Hartitzsch, Entscheid. pract. Rechtsfragen Nr. 159.

Derselbe Grundsatz, wiewohl in anderer Beziehung, wird auch in einem Bescheide des O. A. G. zu Darmstadt vom 7. Oktober 1856 aufgestellt:

Der Klage auf Zahlung von 123 fl. waren vom Beklagten Gegenforderungen von 711 fl. entgegengesetzt worden, bezüglich deren zu Gunsten des Beklagten vom Mittelgericht reformatorisch erkannt wurde. Die Oberberufung des Klägers wurde für unzulässig erachtet. Die Gegenforderung sei nur einredeweise, nicht im Wege der Wiederklage geltend gemacht wor-

---

*) Vergl. hierüber v. Langenn und Kori, Erörterungen practischer Rechtsfragen Th. I (2. Ausgabe, Leipzig 1850) Nr. XIX S. 166 f. Es werden hier folgende Fälle unterschieden:

a. Wurde die Compensation vom Richter darum verworfen, weil sie nicht deutlich vorgeschützt worden war, so kann der Beklagte unzweifelhaft die Gegenforderung klagend verfolgen, jedoch nicht mit der condictio indebiti, sondern mit der Klage aus dem dem Compensationsanspruche zum Grunde liegenden Geschäfte.

b. Ueberging der Richter eine solche für sich bestehende Exception im Erkenntnisse ganz, so kann man sie keineswegs als aberkannt betrachten (l. 7 § 1 D. de comp. 16, 2: Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio, nec enim rei judicatae exceptio objici potest .... l. 8 § 2 D. de neg. gest. 3, 5: Si quocunque modo ratio compensationis habita non est a judice, potest contrario judicio agi), sondern dem Beklagten steht noch frei, die Gegenforderung geltend zu machen.

c. Hat jedoch der Richter die Exception selbst geprüft und im Urtel ausgesprochen, daß der geltend gemachte Gegenanspruch sich gar nicht zum excipiren eigne, weil er nicht vorhanden sei, so geht die Einrede dergestalt verloren, daß sie nicht einmal mehr mit der Klage verfolgt werden kann (l. 7 § 1 cit.: .... Aliud dicam, si reprobavit pensationem, quasi non existente debito; tunc enim rei judicatae mihi nocebit exceptio. l. 8 § 2 D. de neg. gest. 3, 5: ... Quod si post examinationem reprobatae fuerint pensationes, verius est, quasi re judicata, amplius agi contrario judicio non posse, quia exceptio rei judicatae opponenda est). Vergl. auch die Rezension von Ortloff in Schunk's Jahrbüchern B. 12 S. 203—206.

Digitized by Google

den, sonach könne nur der Betrag der Gegenforderung, welcher der Klagesumme gleichkomme als Streitobjekt in Betracht kommen.[1])

Seuffert, Archiv B. 12 Nr. 327.

g. In Betreff der Frage:

ob bei Theilobligationen der in Ansehung einzelner eingeklagter Leistungen ergangene Richterspruch auch für die später geforderten Leistungen oder für das ganze Recht als res judicata wirke,[2])

sind folgende Erkenntnisse anzuführen:

Erkenntniß des O. H. G. zu Mannheim: Wenn bei einer in mehreren Terminen zahlbaren Schuld über das erste Ziel ein verurtheilendes Erkenntniß erfolgte und darauf hin die Appellation aus dem Grunde für unstatthaft erklärt wurde, weil nicht das ganze Recht, sondern nur der fällige Theil in Streit gewesen, mithin die erforderliche Summe nicht vorhanden sei, so können später einer das ganze Recht verfolgenden Klage Einreden, welche in dem früheren Urtheil in Betreff des ersten Ziels verworfen waren, abermals entgegengesetzt werden, ohne daß gegen sie die Replik rechtskräftiger Verwerfung statt fände.

Seuffert, Archiv B. 8 Nr. 335.

Erkenntniß des O. A. G. zu Celle vom 11. December 1855: In dem unter den jetzigen Parteien im J. 1841 über die damals fälligen Zinsen des Kaufgeldes geführten Processe ist über die Frage, was unter der in dem fraglichen Kaufcontracte gewählten Bezeichnung „grobe Conventionsmünze" zu verstehen sey, namentlich darüber: ob der Beklagte für den Thaler ein Aufgeld von nur 8 Pfennigen, oder, was der Kläger rücksichtlich der damals in Betracht kommenden Zinsen verlangt hatte, von 14 Pfennigen zu zahlen habe, gestritten und rechtskräftig wider die Intention des Klägers entschieden.

---

1) Uebereinstimmend erkannte das O. A. G. zu München am 3. Juli 1857. Die entgegengesetzte Ansicht hat in Fällen, wo es sich um das Vorhandensein der appellablen Summe handelte, das Ob. Trib. zu Stuttgart in den Erkenntnissen vom 28. Februar 1846 und 27. März 1847 angenommen.

Seuffert, Archiv B. 6 Nr. 97.

2) Vergl. Unger a. a. O. B. 2 S. 657: Sind mehrere Gegenstände oder periodisch wiederkehrende Leistungen aus einem und demselben Rechtsgrund geschuldet, oder wird die geschuldete Leistung in mehrere Theile zerlegt, so steht der späteren Klage auf einen Theil oder auf eine einzelne Leistung die exceptio rei judicatae nicht entgegen, sollte gleich der Richter in dem früheren Prozeß, um über den Theil oder die einzelne Leistung zu erkennen, das Rechtsverhältniß in seiner Totalität untersucht und als nicht vorhanden befunden haben. Denn so viele Theile und Leistungen, so viele verschiedene Ansprüche sind vorhanden: der Gegenstand der richterlichen Entscheidung wird aber durch den Gegenstand des Anspruchs bestimmt und begrenzt, und die Richtanerkennung des Rechts in seiner Totalität (des Rechts auf das Ganze, so weit überhaupt von einem solchen die Rede sein kann), ist nur der Grund, nicht der Inhalt des früheren Ausspruchs über den Theil. . . . .

Vergl. auch Buchka, Einfluß des Prozesses rc. II S. 191, 192.

Digitized by Google

Wenn nun auch die damals streitige Summe gegenwärtig nicht von neuem in Frage steht, so hat doch die Bedeutung der gedachten, in dem fraglichen Kaufcontracte gebrauchten Münzbezeichnung sowohl damals, als gegenwärtig den Gegenstand des Streites gebildet. Da mithin über die Auslegung des Contractes in dieser Hinsicht gestritten und wider den Kläger rechtskräftig entschieden ist, so steht der erhobenen Klage die Einrede der Rechtskraft allerdings entgegen.

Seuffert, Archiv B. 10 Nr. 294.

11. Auf die exceptio rei judicatae bei Erbschaftsklagen beziehen sich folgende Entscheidungen:

a. In einem Falle war die hereditatis petitio abgewiesen worden, weil die Ausstellungen gegen das Testament unbegründet seien. Kläger erhob eine neue Klage, gestützt auf neue Ausstellungen. Beklagter schützte res judicata vor. Das O. G. zu Wolfenbüttel verwarf die Exception, indem es ausführte:

Mit jener Entscheidung ist über den Anspruch an den Nachlaß ein definitives Resultat nicht festgestellt, sondern nur das, daß über diejenigen Ausstellungen gegen das Testament, welche als rechtlich unbegründet oder unwahr befunden waren, nicht noch einmal gestritten werden kann. Dies hindert aber den Kläger nicht, mit anderweiten Ausstellungen das fragliche Testament anzugreifen, um dasselbe in solcher Weise zu beseitigen, wie es überall zulässig ist, dasselbe Recht so oft aufs Neue geltend zu machen, als statt des verworfenen speziellen Rechtsgrundes ein neuer spezieller Rechtsgrund vorgebracht werden kann.

Schletter, Jahrbücher der deutschen Rechtswiss. VII S. 139.

b. Die Klage vom 22. Juli 1850 begehrte Nichtigkeit der Vermögensübergabe von 1845 und in Folge dessen eine neue Theilung des von Jacob Bürger übergebenen und hinterlassenen Vermögens, wobei dem Kläger der Pflichttheil zugeschieden werden sollte. Nachdem diesem Begehren durch rechtskräftiges hofgerichtliches Urtheil vom 22. December 1851 willfahrt worden war, verlangte Kläger in der weiteren Klage vom 13. Januar 1852, daß ihm bei der vorzunehmenden Theilung nicht nur der Pflichttheil an der Verlassenschaft des Jacob Bürger, sondern der gleiche Antheil wie den Beklagten zugewiesen werde. Dieser Klage steht aber die frühere und das angeführte rechtskräftige Urtheil insofern entgegen, als der Kläger sein Erbrecht bei der beantragten neuen Theilung ausdrücklich auf den Pflichttheil beschränkt, und das richterliche Urtheil dasselbe in diesem Maße festgestellt hat. Nach diesen Vorgängen kann Kläger das gleiche Erbrecht nicht weiter in ausgedehnterer Weise geltend machen, und damit die Grundlage der richterlich festgestellten Theilung verrücken. Der Gegenstand der zweiten Klage ist abermals die Theilung des zwischen den Parteien gemeinschaftlichen Nachlasses und das Erbrecht des Klägers an solchem, insofern also das gleiche, wie bei der ersten Klage, ohne daß es bei dieser idealen Sache (universitas) auf die Quantität der Bestandtheile ankommen kann.

Erkenntniß des O. H. G. zu Mannheim vom 7. Februar 1854.

Digitized by Google

Dieses Erkenntniß erging jedoch nicht einstimmig, sondern nur mit einfacher Stimmenmehrheit. Von der Minorität wurde hiegegen geltend gemacht:

Das Erbrecht des Klägers an seinen Stiefvater J. B. ist auf den Grund der Einkindschaft schon in dem Urtheil vom 22. December 1851 festgestellt, so daß es sich hier nur um die aus jenem Rechtsstreite abgeleitete Einrede handeln kann. Jenes frühere Urtheil hat dem Kläger den Pflichttheil am Vermögen seines Stiefvaters zuerkannt und konnte ihm nur diesen zuerkennen, weil das Klagebegehren darauf beschränkt war. In der jetzigen Klage wird zu dem in jenem Urtheile Zuerkannten noch das zur Completirung des vollen Kindestheils ($^1/_4$) Erforderliche verlangt. Ueber diesen Theil des klägerischen Erbtheils ist aber im früheren Urtheil nicht entschieden und konnte nicht darüber entschieden werden, weil derselbe nicht Gegenstand der früheren Klage war. Die Einrede der Rechtskraft steht daher der vorwürfigen Klage um so weniger entgegen, als eine vollzogene Erbtheilung, gegen welche die neue Klage gerichtet wäre, nicht vorliegt.

Vergl. fr. 20 de except. rei jud. (44. 2), const. 2 de jud. (3, 1); Savigny System Bd. 6 §. 299 S. 447 Note g; Seuffert's Archiv Bd. 1 Nr. 282.

Seuffert, Archiv B. 12 Nr. 92.

Nr. 10.

Ist in dem Falle, wenn im Bagatell-Prozesse der in Folge des erhobenen Widerspruchs zur vollständigen Klagebeantwortung und weitern mündlichen Verhandlung vorgeladene Verklagte in dem Termine nicht erscheint, ohne Rücksicht auf die vor dem Termine von ihm schriftlich eingereichte, den Klageinhalt bestreitende Klagebeantwortung gegen ihn in contumaciam zu verfahren?

Von dem Kreisrichter Molle in Reinerz, mit einer Nachschrift des Herausgebers.

In dem 1. Hefte des 4. Jahrgangs dieser „Beiträge" ist die vorstehende Frage in einem daselbst Seite 104 mitgetheilten Rekursbescheide bejaht worden.

Die dort aufgestellte Ansicht, welche allerdings in der Praxis mehrfach zur Geltung gekommen ist, dürfte sich jedoch nicht rechtfertigen lassen.

Daß überhaupt, wenn gegen ein im Bagatell-Prozesse erlassenes Mandat Widerspruch erhoben ist, die Einreichung einer schriftlichen oder mündlich zu Protokoll erklärten Beantwortung der Klage vor dem Termine zulässig ist, kann als unzweifelhaft angesehen werden. Schon der § 15 tit. 9 Theil I der Allgemeinen Gerichts-Ordnung gestattet die Einreichung einer schriftlichen Erklärung auf die Klage vor dem Klagebeant-

Digitized by Google

wortungstermine und der § 70 der Verordnung vom 1. Juni 1833 bestimmt: daß die Beantwortung der Klage mündlich zu Protokoll oder schriftlich in oder vor dem dazu anberaumten Termine angebracht werden kann. Da diese Bestimmung zu den allgemeinen gehört und sich demnach auf alle in der Verordnung vom 1. Juni 1833 behandelten Prozeß-Arten bezieht, so gilt sie auch für den Bagatell-Proceß. Die Verordnung vom 21. Juli 1846 hat hierin nichts geändert, vielmehr ergeben die im Justiz-Ministerial-Blatt Jahrg. 1847 Seite 341 mitgetheilten Motive zu dem Entwurfe dieser Verordnung, daß man von der Voraussetzung ausgegangen ist, es werde in der Regel eine Erwiderung auf die Klage bereits vor dem Termine eingegangen sein und daß man mit Rücksicht hierauf das Präjudiz der §§ 23, 24 und 25 der Verordnung vom 1. Juni 1833 und § 9 der Verordnung vom 21. Juli 1846 zur Anwendung gebracht hat.

Wenn nun unbedenklich die vor dem Termine angebrachte Klagebeantwortung der weiteren Instruction zum Grunde zu legen ist, sobald der Verklagte im Termine erscheint, so fragt es sich, ob dieselbe auch dann zu berücksichtigen ist, wenn Verklagter im Termine ausbleibt. Nach § 28 der Verordnung vom 21. Juli 1846 sollen die Partheien nach erhobenem Widerspruche zur vollständigen Klagebeantwortung und weiteren mündlichen Verhandlung mit Androhung des nach den §§ 23 und 24 der Verordnung vom 1. Juni 1833 und § 9 der Verordnung vom 21. Juli 1846 den Ausbleibenden treffenden Nachtheils vorgeladen werden. Diese Paragraphen lauten:

§ 23. Erscheinen beide Partheien in der zur Verhandlung bestimmten Sitzung nicht, so sind die Akten auf Kosten des Klägers zu reponiren.

§ 24. Erscheint die eine der Partheien nicht, so kann die andere Parthei auf Reposition der Akten auf Kosten des Gegners oder auf Kontumazialverhandlung antragen.

§ 9 l. c. Bei der nach § 25 Verordnung vom 1. Juni 1833 eintretender Kontumazial-Verhandlung werden alle streitigen von dem Nichterschienenen angeführten mit Beweismitteln nicht unterstützten Thatsachen für nicht angeführt, so wie alle von dem Ausbleibenden vorzulegenden Urkunden als nicht beigebracht erachtet, alle von dem Gegentheil angeführten Thatsachen aber, denen noch nicht ausdrücklich widersprochen worden ist, für zugestanden, ingleichen die von dem Gegentheil beigebrachten Urkunden für recognoscirt angesehen.

Nach diesem Präjudiz sollen also bei eintretender Contumazial-Verhandlung:

1) die von dem Ausbleibenden angeführten Thatsachen für nicht angeführt erachtet werden, wenn sie mit Beweismitteln nicht unterstützt sind,

Digitized by Google

2) die Behauptungen des Gegentheils für zugestanden erachtet werden, wenn sie von dem Ausbleibenden noch nicht bestritten sind.

Es folgt hieraus:

daß, wenn der ausgebliebene Verklagte seine Anführungen gehörig unter Beweis gestellt hat, dieselben als angebracht erachtet und daher, falls sie erheblich sind, erörtert werden müssen, und

daß, wenn derselbe die Behauptungen der Klage bestritten hat, dieselben als streitig angesehen werden und daher darüber Beweis erhoben werden muß.

Demnach ist, wenn nicht etwa Kläger Akten-Reposition auf Kosten des Verklagten beantragt, die von dem ausgebliebenen Verklagten eingereichte Beantwortung der Klage in der That zu berücksichtigen.

Der Richter, welcher ohne Rücksicht auf die bei den Akten befindliche Erklärung des ausgebliebenen Verklagten in contumaciam verurtheilt, bringt ein falsches Präjudiz zur Anwendung, er verfährt nicht nach § 9 der Verordnung vom 21. Juli 1846, sondern nach § 12 der Verordnung vom 1. Juni 1833. Würde nach § 12 l. c. erkannt, dann wäre das Erkenntniß ein Contumazial-Erkenntniß im Sinne des § 10 tit. 8 und § 69 tit. 14 Thl. I Allgemeine Gerichts-Ordnung und es müßte dann das Rechtsmittel der Restitution zulässig sein, während doch nach § 4 der Verordnung vom 20. März 1854 nur der Rekurs zulässig ist.

Die Richtigkeit vorstehender Ausführung ergibt sich auch aus den oben angeführten Motiven. Daselbst heißt es:

> Es sei zwar in Vorschlag gekommen, im Falle, daß der widersprechende Verklagte im Termine nicht erscheine, den Widerspruch für zurückgenommen zu erachten und das frühere Mandat wieder in Kraft treten zu lassen.
>
> Aber in Erwägung rc., daß mit dem Widerspruche oft schon eine Auslassung verbunden sein werde und daß in diesem Falle die gänzliche Nichtberücksichtigung der vorgebrachten Einreden eine Unbilligkeit gegen den Verklagten involviren würde, habe es für zweckmäßig erachtet werden müssen, daß die Vorladung zur Verhandlung unter dem in den §§ 23, 24 und 25 der Verordnung vom 1. Juni 1833 ausgedrückten Präjudiz erfolge und danach beim Ausbleiben des einen oder des andern Theils mit Rücksichtnahme auf die bereits eingegangene Erklärung des Verklagten in contumaciam verhandelt werde. Das ergehende Erkenntniß werde demnach nicht den Charakter eines Contumazialbescheides, sondern eines auf vorgängige contradiktorische Verhandlung in contumaciam ergehenden Erkenntnisses an sich tragen und eine Restitution dagegen nicht zulässig sein.

Die Motive scheinen allerdings zunächst den Fall vor Augen gehabt

Digitized by Google

zu haben, wenn gleichzeitig mit dem Widerspruche eine Beantwortung der Klage verbunden ist. Indeß ist wohl dieser Fall vorzugsweise hervorgehoben worden, weil er der am häufigsten vorkommende ist und es wäre auch in der That nicht abzusehen, weshalb, wenn überhaupt die Anbringung der Klagebeantwortung vor dem Termine zulässig ist, nur gerade die mit dem Widerspruche verbundene, beim Ausbleiben des Verklagten Berücksichtigung finden sollte.

Hiernach wird als Grundsatz festzustellen sein:

> daß, wenn im Bagatell-Verfahren vor dem nach erhobenem Widerspruche anberaumten Termine zur Klagebeantwortung und mündlichen Verhandlung eine Beantwortung der Klage entweder schriftlich oder mündlich zu Protocoll angebracht ist, dieselbe beim Ausbleiben des Verklagten im Termine als ein wesentlicher Theil der Akten zu berücksichtigen und nach Maßgabe dieser Beantwortung entweder zu instruiren, oder in contumaciam zu verfahren ist.

Der Rekursbescheid, welcher die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt, geht von der unrichtigen Voraussetzung aus, daß das, was in Bezug auf die hier streitige Frage von den nach § 13 der Verordnung vom 21. Juli 1846 zu behandelnden schleunigen Prozeßsachen gelte, auch von dem Bagatell-Prozesse über fungible Sachen gelten müsse.

In den schleunigen Prozeßsachen wird der Verklagte zur mündlichen Klagebeantwortung und mündlichen Verhandlung unter dem Präjudiz des § 12 der Verordnung vom 1. Juni 1833 vorgeladen, wonach beim Nichterscheinen des Verklagten die Behauptungen der Klage für zugestanden erachtet werden und in contumaciam erkannt wird — § 52 Instruction vom 24. Juli 1833, Rescript vom 8. Juni 1836, Gräff rc. Ergänzungen Band VIII Ausgabe von 1843 Seite 751, Justiz-Ministerial-Blatt Jahrg. 1847 Seite 368 und Schering Commentar Seite 407. Hier zieht lediglich das Ausbleiben im Termine die Verurtheilung des Verklagten nach sich und es ist daher, wenn Verklagter ausbleibt, unerheblich und ohne alle Wirkung, wenn bereits vor dem Termine eine Klagebeantwortung eingegangen ist. Im Bagatell-Prozesse sind dagegen gerade entgegengesetzt, die Contumazialfolgen von der bereits bei den Akten befindlichen Erklärung des Verklagten abhängig.

Der erste Termin in schleunigen Prozeßsachen ist ein Termin zur Klagebeantwortung im Sinne des § 69 tit. 14 Thl. I Allgemeine Gerichts-Ordnung und darum Restitution zulässig, der erste Termin in Bagatellsachen dagegen seinen Contumazialfolgen nach ein Termin zur mündlichen Verhandlung.

Digitized by Google

Rücksichtlich des Verfahrens in Bagatellsachen verweist zwar der § 28 der Verordnung vom 21. Juli 1846 ebenso wie der § 13 l. c. in Betreff der schleunigen Prozeßsachen auf § 61 der Verordnung vom 1. Juni 1833. Allein im § 28 l. c. ist hinzugefügt:

daß die Vorladung mit Androhung des nach den §§ 23 und 24 der Verordnung vom 1. Juni 1823 und nach § 9 der Verordnung vom 21. Juli 1846 den Ausbleibenden treffenden Nachtheils erfolgen soll,

und dieser Zusatz verändert das Verfahren dergestalt, daß beide Prozeßarten nur das mit einander gemein haben, daß der erste Termin zugleich zur mündlichen Verhandlung ansteht, während die Contumazialfolgen ganz verschieden sind.

Das in dem Rekursbescheide allegirte Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 10. September 1856 (Entscheid. Band 34 Seite 385), welches ausführt: daß die Einreichung einer schriftlichen Klagebeantwortung den Verklagten von dem Erscheinen im Termine nicht entbinden könne, bezieht sich nur auf die nach § 13 der Verordnung vom 21. Juli 1846 zu behandelnden, insbesondere die schleunigen Prozesse und kann daher für den vorliegenden Fall nicht maßgebend sein.

Eben so wenig paßt aber auch das in Bezug genommene Rescript vom 20. September 1837 (Jahrbücher Band 50 Seite 100) worin sich der Justiz-Minister dahin ausgesprochen:

> daß der Beklagte so wenig im Bagatell-Prozesse als im summarischen die rechtlichen Folgen seines Nichterscheinens durch die Einsendung einer schriftlichen Klagebeantwortung abwenden kann.

Dieses Rescript kann sich, da es vor Erlaß der Verordnung vom 21. Juli 1846 ergangen ist, nur auf das in der Verordnung vom 1. Juni 1833, §§ 66—69 und § 54 der Instruction vom 24. Juli 1833 vorgeschriebene Verfahren für Bagatellsachen beziehen, bei welchem das Ausbleiben des Verklagten im Termine zur Klagebeantwortung ebenfalls ohne Weiteres dessen Verurtheilung zur Folge hatte, und kann daher auf das jetzige Verfahren, wo dies, wie gezeigt, nicht der Fall ist, nicht angewendet werden.

Wenn endlich in dem Rekursbescheide gegen die Zulässigkeit der Einreichung der Klagebeantwortung vor dem Termine noch eingewendet wird, daß dann der Zweifel übrig bliebe, wie es zu halten sei, wenn in dem zur Verhandlung einer Bagatellprozeßsache angesetzten Termine beim Aufrufe der Partheien weder der Verklagte erscheine, noch eine schriftliche Klagebeantwortung bei den Akten sich befinde, später aber sich ergebe, daß an demselben Tage die Klagebeantwortung zur Registratur des Gerichts gelangt sei, ohne daß sich ermitteln lasse, ob dies vor oder

Digitized by Google

erst nach dem Aufrufe der Sache geschehen sei, — so ist darauf zu erwidern, daß dieser Fall bei dem Verfahren im gewöhnlichen Prozesse eben so gut eintreten kann, und daß daher hieraus ein Argument gegen die hier aufgestellte Ansicht nicht hergenommen werden kann.

Der beregte Uebelstand wird dadurch leicht vermieden werden, daß auf die am Terminstage eingehende Klagebeantwortung die Zeit des Eingangs vermerkt und dieselbe sofort zu den Acten gebracht wird.

Den vorstehenden Erörterungen möge der über diesen Gegenstand von dem Appellationsgericht zu Hamm, nach Einholung der Gutachten sämmtlicher Gerichte seines Departements, gefaßte motivirte Beschluß vom 19. Februar 1862 beigefügt werden:

„In Betreff der Anwendbarkeit der §§ 70 und 71 der Verordnung vom 1. Juni 1833 im Bagatell-Prozeß, insbesondere aber in Betreff der Zulässigkeit einer vom Verklagten im Termine zur (vollständigen) Klagebeantwortung und weiteren mündlichen Verhandlung oder vor diesem Termine eingereichten schriftlichen (nicht legalisirten) Klagebeantwortung hat sich das Kollegium zur Herbeiführung einer gleichmäßigen Praxis für die Befolgung der nachstehenden, bereits von der Mehrzahl der Gerichte des Departements adoptirten Grundsätze entschieden:

I. In allen Bagatellsachen ohne Unterschied ist der Verklagte befugt, im Termine zur (vollständigen) Klagebeantwortung und weiteren mündlichen Verhandlung eine schriftliche (auch nicht von einem Rechtsanwalte legalisirte) Klagebeantwortung zu überreichen, oder auf eine schon vor dem Termine übergebene derartige Klagebeantwortung Bezug zu nehmen. Der Richter darf deren Annahme, beziehungsweise deren Bezugnahme nicht weigern. Der Schriftsatz aber bildet keinen für sich bestehenden Prozeßact, wie die Klagebeantwortung im gewöhnlichen Verfahren (in Hauptsachen). Er entbindet den Verklagten nicht von denjenigen mündlichen Erklärungen, welche der Richter für erforderlich erachtet. Auch findet die Eventual-Maxime auf ihn nicht Anwendung. Er gilt vielmehr nur als Aufzeichnung des mündlichen Vortrags. Erachtet ihn der Richter für ungenügend und gibt Verklagter die vom Richter geforderten mündlichen Erklärungen unvollständig ab oder weigert er sie gar, so tritt ungeachtet des Schriftsatzes Contumazial-Verfahren ein.

II. In der Regel findet eine solche vom Verklagten im Termine zur (vollständigen) Klagebeantwortung und weiteren mündlichen

Digitized by Google

Verhandlung oder vor diesem Termine eingereichte schriftliche Klagebeantwortung nur beim Erscheinen desselben im Termine Berücksichtigung. Bleibt er aus, so tritt Contumazial-Verfahren ein. Eine Ausnahme von dieser Regel aber macht die mit dem Widerspruch verbundene (innerhalb der Widerspruchsfrist eingelegte) Klagebeantwortung. Sie muß auch beim Nichterscheinen des Verklagten im Termin ihrem ganzen Inhalte nach so weit berücksichtigt werden, als es das Präjudiz der §§ 23 und 24 der Verordnung vom 1. Juni 1833 und des § 9 der Verordnung vom 21. Juli 1846 gestattet. Es ist daher nicht gerechtfertigt, sie bloß als negative Litiscontestation anzusehen oder sie nur zu berücksichtigen, wenn und so weit sie ein Bestreiten des factischen Klageinhalts enthält.

Die Gründe dieses Beschlusses sind folgende:

I.

In allen Bagatellsachen ohne Unterschied, ob der Klageantrag auf Zahlung einer Geldsumme oder Gewährung anderer fungibler Sachen gerichtet und in Folge dessen ein Mandat an den Verklagten erlassen, oder, ob es sich um etwas Anderes handelt und daher sofort ein Termin angesetzt ist, regelt sich zufolge § 28 der Verordnung vom 21. Juli 1846 das Verfahren im Termine zur (vollständigen) Klagebeantwortung und weiteren mündlichen Verhandlung überall nach den §§ 61 und folgende der Verordnung vom 1. Juni 1833. Dieses Verfahren ist ein wesentlich mündliches. Das Gesetz bezeichnet den Termin gleichmäßig, also gewiß mit Vorbedacht, als Termin zur Klagebeantwortung und **weiteren** mündlichen Verhandlung. Es deutet damit unzweideutig an, daß es die Klagebeantwortung nicht als einen besonderen für sich bestehenden prozessualischen Act, sondern als einen Theil der mündlichen Verhandlung betrachtet wissen will. Eine Trennung der Klagebeantwortung von der mündlichen Verhandlung ist daher unzulässig. Der § 51 der Instruction vom 24. Juli 1833 sagt zwar al. 1, der Termin bezwecke beide Geschäfte. In welchem Sinne aber diese Bestimmung aufzufassen, ergibt al. 2 dieses Paragraphen in Verbindung mit § 62 der Verordnung vom 1. Juni 1833.

al. 2 sagt:

„Das aufzunehmende Protokoll hat den ganzen Hergang, jedoch nur im Resultat so darzustellen, daß diese Verhandlung den historischen Theil des abzufassenden Erkenntnisses bildet."

§ 62 lautet:

„Nach beendigter mündlicher Verhandlung ist ein Protokoll aufzunehmen,

Digitized by Google

welches das Sachverhältniß, die Streitpunkte und die Anträge der Parteien nur im Resultate enthält. Dieses Protokoll wird den Parteien, welche dabei mit ihren Erinnerungen zu hören sind, vorgelesen und zur Unterschrift vorgelegt ꝛc."

Es kann also an eine Trennung der Klagebeantwortung und mündlichen Verhandlung nicht gedacht sein. Im Gegentheil sollen nicht einmal die Erklärungen der Parteien, sondern es soll nur deren Resultat in's Protokoll aufgenommen werden. Die Verhandlung bildet ein ungetrenntes Ganzes. Ihr Ergebniß, sowie überhaupt der Sachverhalt, ist vom Richter im Protokoll so übersichtlich darzustellen, daß diese Darstellung als historischer Theil des Erkenntnisses dienen kann. Deshalb sollen die Parteien mit ihren Erinnerungen gegen das Protokoll noch besonders gehört werden.

Mit Recht läßt sich daher die Frage aufwerfen, ob mit einem solchen Verfahren eine schriftliche Klagebeantwortung überhaupt verträglich sei? Und in der That ist diese Frage von verschiedenen Seiten verneinend beantwortet. Es wird dabei geltend gemacht, daß die §§ 70 und 71 der Verordnung vom 1. Juni 1833 ihrem Wortlaute nach nur da Anwendung finden könnten, wo zur Aufnahme der Klagebeantwortung ein besonderer Termin anzuberaumen sei (cf. Gruchot's „Beiträge" Jahrgang 4 Heft 1 S. 105). Auch wird auf den § 13 der Verordnung vom 21. Juli 1846 verwiesen, welcher das im § 61 der Verordnung vom 1. Juni 1833 angeordnete Verfahren auch für diejenigen Hauptsachen einführt, für welche die Prozeßordnung ein abgekürztes Verfahren vorschreibt und welcher wörtlich bestimmt:

Auf die Klage ist sofort ein Termin zur **mündlichen** Beantwortung und zugleich zur mündlichen Verhandlung anzuberaumen ꝛc.

Alle diese Gründe erweisen sich jedoch bei näherer Prüfung als unhaltbar. Ihre Verfechter übersehen, daß in denjenigen Bagatellsachen, in welchen es sich nicht um Zahlung einer Geldsumme oder Gewährung anderer fungibler Sachen handelt, also ein Mandat nicht erlassen wird, bei Vorladung des Verklagten zum Termin das Präjudiz der §§ 52 und 23 der Instruction vom 24. Juli 1833 Anwendung findet. Der § 23 aber enthält sub A 2 d die Androhung:

daß, wenn der Stellvertreter des Verklagten die Klagebeantwortung nicht schriftlich überreiche, in contumaciam werde verfahren werden ꝛc.

Hier wird also dem Stellvertreter des Verklagten die Einreichung einer schriftlichen Klagebeantwortung sogar bei Vermeidung des Contumazialverfahrens zur Pflicht gemacht. Es müssen also die §§ 70 u. 71

25*

Digitized by Google

der Verordnung vom 1. Juni 1833 vom Gesetzgeber für anwendbar erachtet sein. Hieraus aber folgt nothwendig die Berechtigung des persönlich anwesenden Verklagten zur Einreichung einer eben solchen Klagebeantwortung oder zur Bezugnahme auf eine bereits vor dem Termine übergebene. Gilt dies für Bagatellsachen, in denen es sich nicht um fungible Sachen handelt, so ist kein vernünftiger Grund abzusehen, weshalb es nicht auch für die anderen gelten sollte.

Das aus § 13 der Verordnung vom 21. Juli 1846 entnommene Argument ist ebensowenig stichhaltig. Wenn es dort auch heißt: es solle ein Termin zur mündlichen Klagebeantwortung ꝛc. anberaumt werden, so folgt daraus noch keineswegs die Unzulässigkeit einer schriftlichen Klagebeantwortung. Die Materialien des Gesetzes ergeben, daß der Ausdruck: „mündliche Klagebeantwortung" aus einem anderen Grunde gewählt ist. Die im § 13 gedachten Sachen sind Hauptsachen. Es könnte daher der Zweifel entstehen, ob nicht die allgemeinen Vorschriften der Verordnung vom 21. Juli 1846 über den summarischen Prozeß auch auf sie Anwendung finden müßten. Namentlich aber ließe sich fragen, ob nicht der Anwalt des Verklagten zur Einreichung einer schriftlichen Klagebeantwortung verpflichtet sei (vergl. § 3 der V. O.). Zur Beseitigung dieser Bedenken dient eben der Ausdruck: „mündliche Klagebeantwortung." Er charakterisirt das Verfahren und entbindet die Anwalte ausdrücklich von jener wegen der Kürze der Termine oft unausführbaren Verpflichtung.

(cf. die Abhandlung im Just.-Minist.-Blatt Jahrg. 1847 S. 31.)

Hierzu kommt, daß der Gesetzgeber die Zulässigkeit einer schriftlichen Klagebeantwortung auch in diesem abgekürzten Verfahren ausdrücklich anerkannt hat. Die A. C. O. vom 26. Juli 1847, betreffend die Anwendung der Sporteltaxe auf die neuern Prozeßordnungen (G.-S. S. 321) bewilligt nämlich den Justiz-Commissarien für die schriftliche Klagebeantwortung in den nach dem allegirten § 13 zu behandelnden Prozessen dieselben Gebührensätze, wie für die Klagebeantwortung im gewöhnlichen Verfahren (vergl. Nr. 4 das.).

Endlich ist auch der angedeutete Widerspruch zwischen dem Wesen des Verfahrens als eines mündlichen und der Zulässigkeit von schriftlichen Klagebeantwortungen nur scheinbar vorhanden. Er löst sich, sobald man die Unterschiede zwischen der Klagebeantwortung im gewöhnlichen Verfahren (in Hauptsachen) und im abgekürzten Verfahren (in Bagatellsachen) ins Auge faßt. In der Verkennung dieser Unterschiede beruht die Quelle vieler Mißverständnisse und Zweifel. Im gewöhnlichen Ver-

Digitized by Google

fahren bilden die Klagebeantwortung und die mündliche Verhandlung besondere, für sich bestehende prozessualische Acte.

Zur Aufnahme der ersteren wird ein besonderer Termin anberaumt. Sie gilt als eine wesentliche Prozeßhandlung und ist den Konsequenzen der Eventual-Maxime unterworfen. Der § 29 der Instruction vom 24. Juli 1833 sagt ausdrücklich, sie solle Alles enthalten, was Verklagter gegen den Anspruch einzuwenden habe, also alle Einreden und Gegenforderungen. Anders ist es im abgekürzten Verfahren. Hier bildet sie keinen besonderen Act, sondern wird mit der Replikation und Duplikation, so wie mit dem Ergebniß der eigentlichen mündlichen Verhandlung zu einem Ganzen verschmolzen. Sie gilt mithin nur als ein Theil der mündlichen Verhandlung, in welcher sie aufgeht. Aus diesen Unterschieden entspringen wichtige praktische Folgen. Zunächst kann auf die Klagebeantwortung im abgekürzten Verfahren die Eventual-Maxime nicht Anwendung finden. Denn es ist die Gränze, wo sie aufhören soll, nirgends gezogen. Hieraus folgt, daß Verklagter noch bis zum Schlusse der Verhandlung neue Einreden erheben und neue Anträge formiren darf. Er ist also nicht, wie im gewöhnlichen Verfahren, an den Inhalt der Beantwortungsschrift gebunden. Eine weitere Folge ist die, daß Verklagter nicht, wie im gewöhnlichen Verfahren, durch die Schrift der mündlichen Erklärung überhoben wird. Diesen Fall behandelt treffend das Erkenntniß des Königl. Ober-Tribunals vom 10. Februar 1858 (Entsch. B. 37 S. 361).

Hiernach kann in Bagatellsachen eine schriftliche Klagebeantwortung nicht als eine wesentliche Prozeßschrift, sondern nur als eine zur Erleichterung des Richters dienende Aufzeichnung der mündlichen Auslassung auf die Klage, wie sich das Königl. Ober-Tribunal im gedachten Erkenntniß ausdrückt, nur als Fixirung des mündlichen Vortrags betrachtet werden. Aus diesem Gesichtspunkte angesehen, ist sie mit dem Geiste des Verfahrens wohl vereinbar.

(vgl. die gedachte Abhandlung im Just.-Minist.-Bl. Jahrg. 1847 S. 29.)

Sinkt damit ihre Bedeutung sehr herab, so reduziren sich aber auch andererseits die gewöhnlich mit ihrer Zulässigkeit verbunden gedachten Uebelstände. Als solche werden vorzugsweise die Begünstigung der Winkelschriftstellerei und die Behelligung des ohnehin vielbeschäftigten Richters mit umfangreichen, unverständlichen und inhaltlosen Schriftsätzen hervorgehoben. Hält man fest, daß die Schrift nur als Aufzeichnung des mündlichen Vortrags, nicht aber als eine wesentliche Prozeßschrift gelten kann, so lassen sich diese Uebelstände leicht beseitigen. Der Richter kann den Vortrag der Schrift vom Verklagten fordern. Findet er sie nicht

Digitized by Google

zweckentsprechend, so ist er ebenso befugt als verpflichtet, bündige mündliche Erklärungen von ihm zu verlangen. Werden diese unvollständig abgegeben oder gar geweigert, so hat er das Contumazial-Präjudiz zur Anwendung zu bringen. Unter allen Umständen endlich ist er wohl befugt, im Protokolle die Sachlage ohne Bezugnahme auf die Schrift darzustellen. Auf der anderen Seite ist auch nicht zu verkennen, daß eine sachgemäß abgefaßte Schrift wesentlich zur Abkürzung der Verhandlung beiträgt.

Aus dem Gesagten ergeben sich die oben zu I aufgestellten Grundsätze, mit welchen sich der Herr Justiz-Minister in einem an uns erlassenen Rescripte vom 14. November 1861*) einverstanden erklärt hat.

II.

Schon aus diesen Grundsätzen folgt, daß eine schriftliche Klagebeantwortung in der Regel nur beim Erscheinen des Verklagten im Termine zur Klagebeantwortung und weiteren mündlichen Verhandlung Berücksichtigung verdienen kann. Ist sie keine wesentliche Prozeßschrift, sondern nur eine Aufzeichnung des mündlichen Vortrags und ist das ganze Verfahren ein wesentlich mündliches, so kann die Verhandlung nur

*) Dieses Rescript lautet:

„Das Appellationsgericht erhält die Vorstellung des Wirths K. worin derselbe über die in der Bagatell-Prozeßsache rc. am 7. v. M. von dem Kollegium an ihn erlassene Verfügung mit dem Antrage Beschwerde führt, Anordnung zu treffen, daß in Bagatell-Prozeßsachen schriftliche Klagebeantwortungen der in Person erschienenen Verklagten angenommen werden. Insofern jene Verfügung die Auslegung zuläßt, der Richter sei unbedingt befugt, in Bagatell-Prozeßsachen schriftliche Klagebeantwortungen wegen Unvollständigkeit oder aus andern Gründen zurückzuweisen, kann der Justiz-Minister dieselbe für nicht gerechtfertigt halten. Bis zum Erlaß der Verordnung vom 21. Juli 1846 ließ sich die Befugniß des Verklagten, in dem Termine zur Klagebeantwortung und weiteren mündlichen Verhandlung eine schriftliche Klagebeantwortung einzureichen und deren Annahme zu den Akten zu begehren, in Gemäßheit der Bestimmungen der §§ 60. 61. 66. 70 und 71 der Verordnung vom 1. Juni 1833, in Verbindung mit §§ 23. 52 der durch die A. C. O. vom 17. Oktober 1833, bestätigten Instruction vom 24. Juli 1833 nicht bestreiten. Diese Befugniß ist dem Verklagten aber auch durch kein neues Gesetz entzogen, indem insbesondere der auf das Bagatell-Verfahren sich beziehende § 28 der Verordnung vom 21. Juli 1846 in der vorliegenden Beziehung keine Aenderung herbeigeführt hat. Nur insoweit die Verfügung vom 7. v. M. das Recht des Richters hat wahren wollen, von dem Verklagten, welcher eine schriftliche Klagebeantwortung einreicht, weitere mündliche Erklärung zu fordern und in dem Protokolle die Sachlage ohne Bezugnahme auf die eingereichte Schrift darzustellen, kann der Justiz-Minister dieselbe begründet finden..."

Digitized by Google

bei Anwesenheit der Parteien zum gesetzlich vorgesteckten Ziele führen. Hiermit stimmen die in der Vorladung zu stellenden Präjudizien überein. In Betreff derjenigen Bagatellsachen, in welchen es sich nicht um Zahlung einer Geldsumme oder um andere fungible Objekte handelt, kann dies einem Bedenken nicht unterliegen. Wie bemerkt, wird in diesen Sachen das Präjudiz durch die §§ 52 und 53 der Instruction vom 24. Juli 1833 regulirt. Der § 23 aber richtet an den Verklagten zu A. 2 b. die Aufforderung:

> in Person zu erscheinen oder durch einen Bevollmächtigten aus der Zahl der Justiz-Commissarien die Klage vollständig zu beantworten rc.;

zu c. daselbst die Bedeutung:

> daß der Stellvertreter im Termin den erhaltenen Auftrag nachzuweisen habe,

und zu d. die Androhung:

> daß, wenn er nicht erscheine, oder sich nicht vollständig auf die Klage erkläre, wenn der Stellvertreter den erhaltenen Auftrag nicht nachzuweisen vermöge oder die Klagebeantwortung nicht schriftlich überreiche, in contumaciam werde verfahren und die in der Klage angeführten Thatsachen und Urkunden, worüber er sich nicht erklärt habe, für zugestanden oder anerkannt würden geachtet werden rc.

Es ist also klar und deutlich ausgesprochen, daß das Nichterscheinen des Verklagten im Termine Contumazial-Verfahren zur Folge habe.

Diese Regel hat auch sowohl in der Literatur als in den Verfügungen des Justiz-Ministers und den Entscheidungen des Königl. Ober-Tribunals ungetheilte Billigung gefunden.

Schering sagt in seinem Commentar Art. 320 S. 248:

> Der Verklagte kann das Contumazial-Verfahren nur dadurch abwenden, daß er:
>
> a) entweder in Person erscheint und die Klage mündlich oder schriftlich beantwortet oder
>
> b) einen Bevollmächtigten bestellt, der für ihn erscheint und eine schriftliche Klagebeantwortung einreicht.
>
> Eines dritten Falls ist in der Instruktion nicht gedacht und dadurch zu erkennen gegeben, daß die bloße Einreichung einer schriftlichen Klagebeantwortung ohne das persönliche Erscheinen des Verklagten oder seines Bevollmächtigten nicht hinreichen soll, das Contumazial-Verfahren abzuwenden.

Ganz in demselben Sinne sprechen sich auch die Just.-Minist.-Rescr. vom 14. August 1835 (Jurist.-Zeitung Jahrg. 1835 S. 936), vom 27. April 1836 (Gräff's Erg. S. 623) und vom 20. Septbr. 1837 (v. Kamptz Jahrb. Bd. 50 S. 100) so wie endlich das Königl. Ober-Tribunal im Erkenntniß vom 10. September 1856 (Entsch. B. 34 S. 384) aus.

Digitized by Google

Die Regel darf daher in denjenigen Bagatellsachen, in denen es sich um nicht fungible Objecte handelt, also ein Mandat nicht erlassen wird, als feststehend gelten. Anders aber verhält es sich in den andern Bagatellsachen. Hier tritt in Ansehung der mit dem Widerspruche gegen das Mandat verbundenen Klagebeantwortung eine Ausnahme ein. Es läßt sich nicht bestreiten, daß daß Gesetz eine derartige Klagebeantwortung auch beim Nichterscheinen des Verklagten im Termine berücksichtigt wissen will. Hierfür sprechen zunächst die im Just.-Minist.-Bl. Jahrg. 1847 S. 341 abgedruckten Motive desselben. In diesen heißt es unter andern:

> Die Erwägung, daß mit dem Widerspruche oft schon eine Auslassung verbunden sein werde, und daß in diesem Falle die gänzliche Nichtbeachtung der vorgebrachten Einreden eine Unbilligkeit gegen den Verklagten involviren würde, habe es zweckmäßig erscheinen lassen, daß die Vorladung zur Verhandlung unter dem in den §§ 23. 24 und 25 der Verordnung vom 1. Juni 1833 ausgedrückten Präjudize erfolge und demnach beim Ausbleiben des einen oder andern Theils mit Rücksichtnahme auf die bereits eingegangene Erklärung des Verklagten in contumaciam verhandelt werde.

Im vollen Einklange hiermit steht das im Gesetz vorgeschriebene Präjudiz für die Vorladung des Verklagten zum Termine. Es ist zufolge § 28 der Verordnung vom 21. Juli 1846 das in den §§ 23 und 24 der Verordnung vom 1. Juni 1833 und im § 9 der erstgedachten Verordnung ausgesprochene und genau dasselbe, welches im gewöhnlichen Verfahren bei der Vorladung zur mündlichen Verhandlung in Anwendung tritt. Es werden also alle streitigen, vom nicht erschienenen Verklagten angeführten, mit Beweismitteln nicht unterstützten Thatsachen für nicht angeführt, so wie alle von ihm vorzulegenden Urkunden für nicht beigebracht erachtet, alle vom Kläger angeführten Thatsachen aber, denen noch nicht ausdrücklich widersprochen ist, für zugestanden, ingleichen die vom Kläger beigebrachten Urkunden für recognoscirt angesehen. Hieraus folgt, daß das zu erlassende Erkenntniß selbst dann, wenn Verklagter mit dem Widerspruch keine weitere Auslassung verbunden hat und daher in Anwendung des Präjudizes verurtheilt wird, kein eigentliches Contumazial-Erkenntniß im Sinne des III. Absch. Th. I Tit. 14 der A. G. O., sondern eine contradictorische Entscheidung ist und also die Restitution nicht zuläßt. Es ist daher im Grunde nur etwas Selbstverständliches, wenn der § 4 des Ges. vom 20. März 1854 dieses Rechtsmittel ausdrücklich ausschließt (vergl. die Abhandlung im J. M. B. Jahrg. 1853 S. 404).

Die vom Gesetz hiermit eingeführte Anomalie darf aber nicht über die von ihm selbst gezogenen Gränzen ausgedehnt werden. Die Befugniß

Digitized by Google

zur Erhebung des Widerspruchs erlischt mit Ablauf der Widerspruchsfrist. Jede später eingehende schriftliche Klagebeantwortung kann daher nicht mehr als Widerspruch gelten. Auch hat das Gesetz, wie die Motive klar ergeben, bei Einführung des Präjudizes nur die mit dem Widerspruch verbundenen Auslassungen auf die Klage im Auge gehabt. Es kann daher nur auf diese das Präjudiz angewendet werden. Ist die Frist verstrichen und der Termin anberaumt, so wird auch in Bagatellsachen dieser Art ebenso verfahren, wie in andern. Weitere Auslassungen in Schriften verdienen mithin beim Nichterscheinen des Verklagten im Termine keine Berücksichtigung mehr (vergl. auch die bereits gedachte Abhandlung in Gruchot's „Beiträgen" Jahrg. 4 Hft. 1 S. 105).

Schließlich sind noch die über die Bedeutung des Widerspruchs herrschenden Meinungsverschiedenheiten zu berühren. Einige wollen ihn nur als negative Litiscontestation betrachten, während ihn Andere nur berücksichtigen, wenn und soweit er ein Bestreiten des factischen Klageinhalts enthält. Diesen Ansichten aber läßt sich nicht beipflichten. Die Motive des Gesetzes lassen keinen Zweifel darüber, daß der Gesetzgeber dem Verklagten in seinen Auslassungen keine Beschränkungen hat auferlegen wollen. Im Gegentheil spricht er sich geradezu für die Berücksichtigung seiner Einreden aus. Ebensowenig enthält das Präjudiz irgend welche derartige Beschränkung. Das Gesetz betrachtet den Widerspruch mithin als eine Klagebeantwortung, und zwar als eine unvollständige, wie aus der Wahl des Ausdrucks „Termin zur vollständigen Klagebeantwortung und weiteren mündlichen Verhandlung" ersichtlich ist. Muß nun auch dem Widerspruch die Wirkung der Litiscontestation beigelegt werden, so folgt daraus keineswegs, daß diese eine rein negative ist. Im Gegentheil läßt sich ebensowohl denken, daß Verklagter die Forderung an sich und damit den factischen Klageinhalt nicht zu bestreiten vermag, wohl aber eigentliche Einreden oder Gegenforderungen vorzubringen hat. In diesem gewiß häufig vorkommenden Falle würde die Gleichstellung des Widerspruchs mit der negativen Litiscontestation den Intentionen des Verklagten direct zuwiderlaufen. Auch steht diese Auffassung nicht mit dem Präjudize im Einklange. Denn es heißt in demselben nicht etwa, es sollten die vom Kläger vorgebrachten Thatsachen für bestritten, sondern, sie sollten so weit, als ihnen nicht ausdrücklich widersprochen worden, für zugestanden erachtet werden. Ebenso unbedenklich steht endlich das Präjudiz der Zulässigkeit eigentlicher Einreden nicht entgegen. Vielmehr gestattet es deren Vorbringung ganz unzweideutig. Und in der That liegt für ihre Ausschließung kein vernünftiger Grund vor. Es muß daher die mit dem Widerspruch ver-

Digitized by Google

bundene oder doch innerhalb der Widerspruchsfrist eingereichte Klagebeantwortung auch beim Nichterscheinen des Verklagten im Termine ihrem ganzen Inhalte nach soweit berücksichtigt werden, als es das Präjudiz gestattet.

Hieraus ergeben sich die zu II aufgestellten Grundsätze. Vorausgesetzt ist im Vorstehenden überall, daß die Klagebeantwortung wenigstens einigermaßen den Anforderungen des § 16 Th. I Tit. 9 der A. G. O. entspricht. Ist dies nicht der Fall, so liegt deren Nichtberücksichtigung in der Natur der Sache. Endlich ist noch zu bemerken, daß das Gesagte auch auf die von einem Rechtsanwalt als Vertreter des Verklagten abgefaßte schriftliche Klagebeantwortung Anwendung findet."

Digitized by Google

Rechtsfälle.

Nr. 15.
Anfangspunkt der Rechtskraft eines Urtels im bürgerlichen Prozeß.

Betrachtungen über eine Entscheidung des Königl. Ober-Tribunals.

Von Otto Oehlschlaeger, Staatsanwaltsgehülfe in Schwetz.

Die verehelichte H. war durch Erkenntniß erster Instanz von ihrem Ehemanne geschieden. Das Erkenntniß wurde den Parteien am 6. April 1849 insinuirt. Die Appellationsfrist lief mit dem 18. Mai 1849 ab. Die Parteien machten von der Appellation keinen Gebrauch; das Erkenntniß wurde rechtskräftig. Später gebar die H. eine Tochter. Die Conceptions-Periode umfaßte den Zeitraum vom 25. April bis 9. Juli 1849, lag also theilweise innerhalb der Frist für die gegen das Ehescheidungs-Erkenntniß zulässig gewesene Appellation. Hieraus entnahm der als unehelicher Vater auf Alimentation des Kindes in Anspruch genommene Beklagte Z. einen Einwand dahin: daß das Kind für ein eheliches zu erachten, weil zur Zeit der Conception die Ehe noch nicht rechtskräftig getrennt gewesen sei. Das Königl. Ober-Tribunal verwarf diesen Einwand durch Erkenntniß vom 19. März 1852,*) indem es für den Eintritt der Rechtskraft des Ehescheidungs-Erkenntnisses den Tag der Urtels-Insinuation, und nicht den Ablauf der Appellationsfrist für maßgebend erachtete.

Wir übergehen die Gründe, welche zur Unterstützung dieser Entscheidung im Hinblick auf die besondere Natur des Ehescheidungs-Erkenntnisses aus den §§ 781. 784. Th. II. Tit. 1. des Allgem. L. R., unter analoger Berücksichtigung der §§ 770. 771 daselbst, entnommen sind. Wir wenden uns ausschließlich zu dem in dem Ober-Tribunals-Erkenntnisse zur Geltung gebrachten allgemeinen Rechtssatze:

> daß die Rechtskraft eines Urtels, gegen welches ein Rechtsmittel zulässig war, aber nicht eingelegt worden ist, mit dem Tage der Urtels-Insinuation und nicht erst mit dem Ablauf der Rechtsmittelfrist eintreten soll.

*) Entscheid. d. Ob.-Trib. Bd. XXII S. 367 ff. — Striethorst Archiv Bd. V S. 114 ff. —


Digitized by Google

Zur Begründung dieses Rechtssatzes führt das Ober-Tribunal wörtlich Folgendes an:

„Im § 1. Tit. 16. Th. I d. Allg. Ger.-O. (auf diesen hatte nämlich der Beklagte und Implorant für die entgegengesetzte Ansicht sich berufen) heißt es nur:

„„wenn gegen ein in erster oder zweiter Instanz ergangenes Urtel die zulässigen Rechtsmittel nicht eingewendet, oder wenn auch in der Revisions-Instanz gesprochen worden, ist ein solches Urtel dergestalt rechtskräftig ꝛc. ꝛc.““

Wann aber die Rechtskraft in dem Falle eintrete, wo ein Urtel erster Instanz ergangen, ein Rechtsmittel zulässig und davon nicht Gebrauch gemacht ist, darüber hat das Gesetz sich im Allgemeinen nicht ausgesprochen, und in einem solchen Falle muß man annehmen, daß jedes Urtel mit dessen Insinuation, wo nicht gar schon mit dessen Verkündung, als rechtskräftig gelte, und nicht die Rechtskraft bis zum Ablauf der Frist des Rechtsmittels suspendirt bleibe, vielmehr nur durch den Gebrauch des Rechtsmittels innerhalb der sechswöchentlichen Frist wieder aufgehoben werde.“

Die Argumentation befriedigt nicht. Wir werden unwillkürlich zu der weiteren Frage gedrängt:

weshalb muß man beim Mangel entgegenstehender gesetzlicher Bestimmung den Eintritt der Rechtskraft auf den Tag der Urtels-Insinuation feststellen? welcher rechtliche Grund nöthigt uns hierzu?

Die Erörterung dieser Frage würde erst das wahre Argument für die Thesis des Ober-Tribunals an den Tag gebracht haben. Das Ober-Tribunal hat solche Erörterung uns vorenthalten. Weshalb? Diese Frage bereitet uns einige Verlegenheit, denn es lassen verschiedene Antworten sich ihr entgegenstellen. Die natürlichste Antwort scheint uns die:

daß das Ober-Tribunal jenen zwingenden Grund für seine Auffassung in dem Wesen der Rechtskraft erblickt, und letzteres für unzweideutig genug erachtet hat, um eine tiefer eingehende Erörterung übergehen zu dürfen.

Freilich muß hierbei uns befremden, daß derselbe Senat des Ober-Tribunals, der hier so zweifelsfrei sich zeigt, kaum drei Monate früher bedenklich den Kopf geschüttelt hat, als bei anderer Gelegenheit das Wesen der Rechtskraft in Frage kam.*) — Wir würden deshalb eine

*) In einem Erkenntnisse v. 8. Dezember 1851 (Entschd. Bd. XXI. S. 461 ff.) ist am Schlusse (S. 468) die Frage: — ob ein Erkenntniß, gegen welches die Nichtigk.-Beschw. erhoben worden, als rechtskräftig zu betrachten? — unentschieden gelassen. Die Antwort auf diese Frage war in dem Wesen der Rechtskraft zu suchen. Wir kommen später auf die Frage zurück. — (Siehe unter II. B.)

Digitized by Google

offene Darlegung der Ansicht des Ober-Tribunals diesmal um so dankbarer entgegengenommen haben, als nach unserer Auffassung aus dem Wesen der Rechtskraft gerade das Gegentheil von dem zu folgen scheint, was das Ober-Tribunal daraus herleitet.

I.

1. Das Erkenntniß im bürgerlichen Proceß (mit diesem haben wir ausschließlich zu thun) hat die Aufgabe:

> vorhandenes Recht aus bestrittenen Verhältnissen zu finden, zu „erkennen" und als unbestreitbares, unanfechtbares Recht hinzustellen.

Damit diese Aufgabe mit möglichster Sicherheit erfüllt werde, soll in der Regel das erstgefundene Recht nicht ohne Weiteres als das in Wahrheit vorhandene, unanfechtbare Recht gelten; es soll vielmehr der vermeintlich beeinträchtigten Partei freistehen einen zweiten oder auch dritten Akt des Rechtfindens herbeizuführen. Die staatliche Ordnung erheischt aber eine Grenze, über welche hinaus ein durch die Organe des Staats erkanntes und festgestelltes Recht nicht weiter angefochten werden darf. Diese Grenze ist bald eine temporäre: insofern das Recht der Anfechtung an eine vorgeschriebene Frist gebunden ist, bald eine numerische: insofern die Anfechtung nicht beliebig oft wiederholt werden darf. Ist diese Grenze nach der einen oder anderen Richtung erreicht, so steht das erkannte Recht unanfechtbar da: es tritt in Kraft. In diesem Sinne spricht man von der „Rechtskraft" eines Erkenntnisses; ihr Wesen ruht also in der Unanfechtbarkeit des erkannten Rechts. —

2. — Nicht zu verwechseln mit der Rechtskraft ist die Vollstreckbarkeit des Erkenntnisses. Diese wurzelt in der durch den Staat anerkannten Nothwendigkeit, seinen Zugehörigen durch Zwangsmaßregeln die Realisirung eines zweifellos festgestellten Rechts zu ermöglichen. Sie hat also mit der Rechtskraft begrifflich nichts gemein. Daher erklärt es sich, daß einerseits die executive Hülfe des Staats auch bei Rechten gewährt wird, die nicht durch Erkenntniß, sondern in anderer zuverlässiger Weise (z. B. durch schiedsmännischen Vergleich) festgestellt sind, und daß andererseits jene Hülfe unter Umständen versagt wird, obwohl ein rechtskräftiges Erkenntniß vorhanden ist. (§ 3. Th. I. Tit. 24. d. Allg. Ger.-O.).

3. — Die Allgem. Ger.-O., welche für unsere Frage zunächst in Betracht kommt, faßt das Wesen der Rechtskraft genau in dem von uns entwickelten Sinne auf. Sie verordnet nämlich in § 66 d. Einleitung:

Digitized by Google

„Ein unter den gesetzmäßigen Erfordernissen gefälltes rechtskräftiges Urtel sichert den, der es erstritten hat, für immer wider alle ferneren Anfechtungen seines Gegners, und derjenigen, die an dessen Stelle treten."

und in § 1 Th. I. Tit. 16:

„— — — — — — — so ist ein solches Urtel rechtskräftig: dergestalt, daß selbiges hiernächst unter keinerlei Vorwand — — — — wieder umgestoßen oder davon abgegangen werden kann."

Beide Vorschriften zeigen uns das Wesen der Rechtskraft in der Unanfechtbarkeit des erkannten Rechts.*) Die A. G. O. unterscheidet sodann die Rechtskraft ausdrücklich von der Vollstreckbarkeit des Erkenntnisses, und begründet die Nothwendigkeit der einen in § 65 d. Einl., die der anderen in § 64 d. Einl. und § 1 Th. I Tit. 24.

4. — Halten wir aber daran fest, daß das Wesen der Rechtskraft in der Unanfechtbarkeit des erkannten Rechts besteht, so ergibt sich folgerichtig, daß die Rechtskraft erst mit dem Augenblick eintreten kann, wo die Anfechtung ausgeschlossen ist. Zur Anfechtung dienen bei uns die Rechtsmittel, und diese sind ausgeschlossen: einmal mit dem Augenblick, wo in letzter Instanz erkannt ist, sodann in dem Augenblick, wo die Frist für ihre Geltendmachung abläuft. Die beiden Momente sind die einzigen, in denen die Rechtskraft geboren wird. Sie ist also ungeboren, so lange die Rechtsmittelfrist läuft. Der Umstand, daß das gestattete Rechtsmittel nicht eingelegt worden ist, kann hierbei nichts ändern. Das Recht der Anfechtung war da, und zwar bis zum letzten Augenblick der Frist; die Rechtskraft war also nicht da, und wurde erst geboren mit Ablauf des letzten Augenblicks der Frist. —

*) Will man hiergegen geltend machen, daß die A. G. O. auch eine Anfechtung rechtskräftiger Erkenntnisse zuläßt, so verweisen wir darauf, daß die Nullitäts- und Restitutions-Klage als Anfechtungsmittel in dem hier gebrauchten Sinne nicht gelten können; denn sie greifen nicht sowol das festgestellte Recht an, als sie darauf hinausgehen, das Rechtsgeschäft (Proceß), wodurch dieses Recht festgestellt wurde, und das für sich abgeschlossen bleibt, aufzuheben. Sie leiten zu diesem Zweck einen neuen Proceß ein, in welchem wieder die gewöhnlichen Rechtsmittelstadien erkennbar sind. Daher sie denn auch mit Recht von der A. G. O. als „Klagen" bezeichnet sind, die aus der Reihe der Rechtsmittel heraustreten, und passender mit den Anfechtungsklagen aus § 103 IV. 2 d. Conc.-O. v. 8. Mai 1855 resp. § 7 Nr. 2 d. Ges. v. 9. Mai 1855 sich vergleichen lassen. — (Siehe übrigens § 70 d. V. O. v. 21. Juli 1849, worin die Nullitäts- und Restitutionsklage ausdrücklich als Nicht-Rechtsmittel gekennzeichnet sind.)

Digitized by Google

II.

Soll trotzdem — wie das Ober-Tribunal es verlangt — der Geburtsakt der Rechtskraft für den Fall der unterlassenen Anwendung des Rechtsmittels auf den Anfangspunkt der Rechtsmittelfrist verlegt werden, so kann dies nur auf Grund einer, durch das Gesetz ausdrücklich anerkannten Fiktion geschehen, ähnlich derjenigen, welche in dem Rechtssatz „nasciturus pro jam nato habetur" sich ausspricht. — Gestattet aber unser Gesetz eine solche Fiktion? — Das Ober-Tribunal hat dies in seiner Entscheidung nicht nachgewiesen; im Gegentheil, es behauptet dort, daß das Gesetz überhaupt keinen Aufschluß über den Anfangspunkt der Rechtskraft gewähre. — Wir unsererseits haben jene Fiktion im Gesetze ebenfalls nicht entdecken können; wol aber sind uns gesetzliche Bestimmungen bekannt, die gegen eine solche Fiktion sprechen und unsere vorstehend entwickelte Ansicht über den Anfangspunkt der Rechtskraft unzweideutig bestätigen. Wir finden diese Bestimmungen dort, wo das Gesetz die einzelnen Rechtsmittel behandelt. —

Indem wir uns zu diesen wenden, schicken wir voraus, daß die Nullitäts- und Restitutionsklage nach dem, was wir vorhin darüber gesagt haben, hier nicht ferner in Betracht kommen können. Auch das Rechtsmittel der Restitution tangirt unsere Frage nicht, weil die kürzere Frist dieses Rechtsmittels zu einer Zeit abläuft, wo noch ein anderes, die Rechtskraft suspendirendes Rechtsmittel offen steht. Wir haben es daher nur mit den Rechtsmitteln der Appellation und Revision, der Nichtigkeits-Beschwerde und des Rekurses zu thun. —

A. Appellation und Revision.

Das Verhältniß dieser Rechtsmittel zur Rechtskraft wird durch die Allgem. Ger.-O. geregelt, aus der wir folgende Bestimmungen hervorheben:

Th. I. Tit. 16 § 11 verordnet (nachdem davon die Rede gewesen ist, daß die Nullitäts-Klage ein in Rechtskraft bereits übergegangenes Urtel voraussetze), wie folgt:

> „Wird aber ein in die Rechtskraft noch nicht übergegangenes Erkenntniß als nichtig angefochten, so muß der Implorant sich dazu des ordentlichen Rechtsmittels bedienen."

Läßt hieraus wol die von dem Ober-Tribunal beliebte Auffassung sich entnehmen:

> daß die Rechtskraft schon mit dem Tage der Urtels-Insinuation eintrete, und nur durch den Gebrauch des Rechtsmittels wieder gehoben werde?

Digitized by Google

Ist nicht vielmehr indirect anerkannt:

daß, so lange Implorant sich des ordentlichen Rechtsmittels bedienen kann (d. h. während des fatale), das Erkenntniß noch nicht in Rechtskraft übergegangen ist?

Und wenn dies der Fall, ist dann nicht in Consequenz hiervon der Schluß gerechtfertigt:

daß jener Uebergang in die Rechtskraft erst in dem Augenblick erfolgt, wo der Gebrauch des Rechtsmittels ausgeschlossen ist? —

Aber selbst dieser Schlußfolgerung werden wir überhoben, sobald wir folgende Bestimmungen ins Auge fassen:

§ 29 Tit. 14 l. c.

„— — — — — — — — —; wobei sich von selbst versteht, daß, wenn innerhalb zehn Tagen*) von dieser Insinuation weder die Partei selbst, noch jemand als ihr Bevollmächtigter, sich zur Appellation meldet, alsdann das Erkenntniß in Ansehung einer solchen Partei für rechtskräftig anzunehmen ist."

§ 31 daselbst:

„Von diesem Tage fängt die zehntägige Appellation zu laufen an; dergestalt, daß erst, wenn selbige verflossen und bis dahin keine Appellation eingekommen ist, das Erkenntniß für rechtskräftig geachtet werden kann."

§ 68 Tit. 25 l. c.

„— — — — — — —; daß eine Partei, welche die Appellation einlegen wolle, sich innerhalb 10 Tagen bei dem Richter melden und ihre Beschwerden — — — zu Protokoll anzeigen müsse; und daß, wenn diese Anzeige innerhalb der gesetzten 10 Tage nicht erfolgte, das Urtel in die Rechtskraft „übergehe."" —

Wir glauben, daß diese Vorschriften — welche nach § 5 Tit. 15 l. c. ebensowol auf die Revision als auf die Appellation sich beziehen — deutlich genug sprechen, um eine weitere Vertheidigung unserer Ansicht unnöthig erscheinen zu lassen.

Die neuere Gesetzgebung hat nun zwar verschiedene Aenderungen in Ansehung der Appellation und Revision uns gebracht; sie hat namentlich die Voraussetzungen dieser Rechtsmittel modificirt, ihre Begründung anders geregelt, den Anfangspunkt des fatale einförmiger festgestellt und die Dauer des fatale erweitert: in dem Verhältniß dieser Rechtsmittel zur Rechtskraft der Erkenntnisse hat sie aber an der Auffassung der Allg. Ger.-O. nichts geändert. —

B. Nichtigkeitsbeschwerde und Rekurs.

Die Stellung dieser Rechtsmittel zur Rechtskraft ist nicht blos in Ansehung unserer Frage, sondern im Allgemeinen bestritten. Es ist

*) Damalige Frist für die Appellation.

Digitized by Google

namentlich die Frage aufgeworfen, ob die N. B. und der Rekurs überhaupt — auch wenn sie eingelegt sind — den Eintritt der Rechtskraft suspendiren. Dem Königl. Ober-Tribunal war, wie wir im Eingange schon erwähnten, die Entscheidung der Frage nahe gelegt, es hat sich derselben aber entzogen.*) — Wir halten die Entscheidung nicht für schwierig. —

1. — Der § 4 d. V. O. v. 14. Dezember 1833 schreibt vor:

> „Dagegen soll künftig — — — — wider Erkenntnisse erster oder zweiter Instanz, gegen welche die Gesetze kein ordentliches Rechtsmittel zulassen, — — — — ein Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde gestattet sein;"

und Artikel 14 der Declaration vom 6. April 1839 bezeichnet in Uebereinstimmung hiermit die N. B. und den Rekurs als „außerordentliche" Rechtsmittel.

Wir betrachten diese beiden Bestimmungen als die erste Quelle für die, gegen die rechtliche Natur der N. B. und des Rekurses angeregten Zweifel. Indem wir nämlich diese Rechtsmittel den „ordentlichen" Rechtsmitteln gegenübergestellt sehen, werden wir zu der Frage gedrängt: worin wol das Wesen dieses Gegensatzes ruhe? Um diese Frage zu beantworten, müssen wir auf die charakteristischen Merkmale der ordentlichen Rechtsmittel zurückgehen. Weder die V. O. v. 14. Dezember 1833 noch die Declar. v. 6. April 1839 gibt uns hierüber Aufschluß. Wir müssen also zur Allg. Ger.-O. unsere Zuflucht nehmen. Diese aber versteht unter den ordentlichen Rechtsmitteln solche, welche ein nicht rechtskräftiges Erkenntniß voraussetzen, und stellt denselben die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage als die Mittel zur Anfechtung eines rechtskräftigen Erkenntnisses gegenüber (Th. I. Tit. 16 § 1; § 2 Abs. 2; § 11; § 12). — So werden wir leicht zu der Annahme verleitet, daß die N. B. und der Rekurs, weil sie zu den ordentlichen Rechtsmitteln in Gegensatz gebracht, und als außerordentliche Rechtsmittel bezeichnet sind, zu ihrer Anwendbarkeit ein rechtskräftiges Erkenntniß voraussetzen. Solche Annahme ist aber irrig. Davon überzeugen uns

§ 10 Abs. 3 d. V. O. v. 14. Dezember 1833 und § 12 Abs. 2 d. Ges. v. 20. März 1854[2])

welche verordnen:

> „Wird die N. B. (resp. der Rekurs) verworfen, so ist der Tag der Insinuation des angefochtenen Erkenntnisses als der Tag der Rechtskraft desselben anzusehen."

---

1) Erkenntn. v. 8. Dezember 1851 (Entscheid. Bd. XXI S. 468). —

2) Vgl. auch § 61 Abs. 3 und § 63 d. V. O. v. 21. Juli 1849.

Digitized by Google

Hätten die N. B. und der Rekurs Rechtsmittel gegen ein bereits rechtskräftig gewordenes Urtel sein sollen, so wären jene Vorschriften müßig. Ihr ausdrückliches Hinzufügen beweist also, daß der Gesetzgeber von der entgegengesetzten Ansicht ausgegangen ist, nämlich der: daß die N. B. und der Rekurs ebenso wie die Appellation und die Revision den Eintritt der Rechtskraft suspendiren sollen. Wenn er trotzdem sie „außerordentliche" Rechtsmittel genannt hat, so kann er füglich nur die vielen Abweichungen im Auge gehabt haben, welche in Betreff des strengen Formalismus, der beschränkteren Zulässigkeit und der schwierigeren Begründung dieser Rechtsmittel den Rechtsmitteln der Appellation und Revision gegenüber festgestellt sind.*)

2. — Als zweite Quelle des Zweifels über das Verhältniß der N. B. und des Rekurses zur Rechtskraft betrachten wir

den § 22 der Executions-Ordnung v. 4. März 1834
in Verbindung mit § 10 Abs. 1 d. V. O. v. 14. Dezbr. 1833;
§ 61 u. 63 d. V. O. v. 21. Juli 1849
und § 12 Abs. 1 d. Ges. v. 20. März 1854. —

Während die letzteren Gesetzesstellen vorschreiben, daß in der Regel die N. B. und der Rekurs die Vollstreckung des damit angefochtenen Erkenntnisses nicht aufhalten sollen, verordnet d. § 22 d. Exec.-O.

Abs. 1:

> „Der Gläubiger erwirbt durch solche Erkenntnisse, — — — aus welchen eine Execution stattfindet, — — — — einen Titel zum Pfandrecht auf die Immobilien des Schuldners."

Abs. 2:

> „Er ist — — — befugt, die Eintragung in das Hypothekenbuch — — — bei dem Proceßrichter nachzusuchen, und letzterer ist verbunden, die Eintragung bei der Hypothekenbehörde unter Mittheilung einer mit dem Atteste der Rechtskraft versehenen Ausfertigung des Erkenntnisses in Antrag zu bringen."

Der Absatz 1 hat — wie aus Abs. 4 daselbst unzweideutig hervorgeht — nicht an blos provisorische, sondern an definitive Execution

*) Schon die Instruction v. 7. April 1839 hat unter Nr. 39 anerkannt, daß durch die Nichtigkeitsbeschwerde der Eintritt der Rechtskraft suspendirt werde. — Der „Entwurf eines Gesetzes über das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde" spricht in den Motiven zu § 4 dieselbe Ansicht aus (J. M. Bl. pro 1860 S. 206), und der „Revidirte Entwurf" desselben Gesetzes erkennt in den Motiven zu § 1 und 5 ausdrücklich an, daß die Nichtigkeitsbeschwerde von jeher kein außerordentliches Rechtsmittel gewesen ist, und verordnet, um alle früheren Zweifel zu beseitigen, im § 5: „Die Einlegung der N. B. hemmt den Eintritt der Rechtskraft des angefochtenen Erkenntnisses" (J. M. Bl. pro 1860 S. 451. 452). —

Digitized by Google

gedacht; er begreift also zweifellos auch solche Erkenntnisse, gegen welche die N. B. und der Rekurs noch offen stehen. Wenn nun nach Abs. 2 der Richter verbunden sein soll, dergleichen Erkenntnisse mit dem Atteste der Rechtskraft zu versehen, so erscheint an sich die Folgerung nicht ungerechtfertigt, daß der Gesetzgeber von der Ansicht ausgegangen ist: der Eintritt der Rechtskraft werde durch die Zulässigkeit der N. B. nicht aufgehalten. Entspricht diese Folgerung der Wirklichkeit, so können wir nur bedauern, daß die Redaktoren der Executions-Ordnung so unrichtiges Verständniß von der V. O. v. 14. Dezember 1833 gehabt haben; denn daß diese ebensowenig wie die spätere V. O. v. 21. Juli 1849 und das Ges. v. 20. März 1854 jene Ansicht getheilt hat, dürfte oben nachgewiesen sein. — Wir glauben indessen kaum, daß der Executions-Ordnung jene unrichtige Auffassung zu Grunde liegt; wir nehmen vielmehr an, daß der § 22 zwei verschiedene Begriffe verwechselt:

Für die Executions-Ordnung ist nicht die Rechtskraft, sondern die Vollstreckbarkeit des Erkenntnisses von Erheblichkeit. Der Abs. 1 des § 22 erkennt dies auch an. Es leuchtet daher nicht ein, weshalb der Abs. 2 für einen speciellen Executions-Modus das Attest der Rechtskraft verlangt; das Attest der Vollstreckbarkeit reicht aus; und dieses Attest hat das Gesetz wol auch nur im Sinne gehabt.*)

Sind hiermit einerseits die Bedenken widerlegt, welche über das Verhältniß der N. B. und des Rekurses zur Rechtskraft im Allgemeinen geltend gemacht werden können, so ist zugleich andererseits der Nachweis geführt, daß Rekurs und N. B. zur Rechtskraft genau dieselbe Stellung einnehmen wie die Appellation und die Revision. Wir dürfen also, indem wir zu unserer speciellen Frage zurückkehren, auf das verweisen, was wir oben in Ansehung der Appellation und der Revision ausgeführt haben. — Es sei uns indessen verstattet, an dieser Stelle noch einem Einwande zu begegnen, der vielleicht aus § 10 Abs. 3 d. V. O. v. 14. Dzbr. 1833 (resp. aus § 61 Abs. 3 u. § 63 d. V. O.

*) Viele Gerichte üben daher unseres Wissens die Praxis, daß sie in Fällen, wo auf Grund eines, durch die N. B. noch anfechtbaren Erkenntnisses eine Eintragung gemäß § 22 d. Exec.-O. erfolgen soll, nicht das Attest der Rechtskraft, sondern das der Vollstreckbarkeit auf die Urtels-Ausfertigung setzen. — Immerhin ist es doch wünschenswerth, daß der § 22 sachgemäß geändert werde, und es befremdet uns, daß der „Revidirte Entwurf des Gesetzes über die N. B.," der doch die Suspension der Rechtskraft durch die N. B. anerkennt, den Conflikt mit § 22 d. Exec.-O. nicht beseitigt. Wir wissen, daß in einem, zu dem ersten Entwurf eingereichten Gutachten dieser Conflikt ausdrücklich hervorgehoben war. —

Digitized by Google

v. 21. Juli 1849 sowie § 12 Abs. 2 d. Ges. vom 20. März 1854) uns dahin entgegengestellt wird:

> daß, wenn bei Verwerfung der N. B. (resp. des Rekurses) der Tag der Urtels-Insinuation als Tag der Rechtskraft angesehen werden solle, dies um so mehr in dem Falle geschehen müsse, wo von dem Rechtsmittel gar nicht Gebrauch gemacht ist."

Wir erwidern hierauf Folgendes:

Selbst wenn man mit dem Ober-Tribunal annehmen wollte, daß durch den Gebrauch des Rechtsmittels die schon eingetretene Rechtskraft wieder „gehoben" wird, so müßte man doch immer daran festhalten, daß nach dieser Aufhebung die Rechtskraft erst im Augenblick der Verwerfung des Rechtsmittels wieder eintreten kann. Daraus aber folgt, daß jene Vorschrift, wonach die Rechtskraft bis auf den Tag der Urtels-Insinuation zurückgeführt werden soll, der Wirklichkeit widerspricht. Die Vorschrift enthält also eine Fiktion und darf über die durch das Gesetz vorgezeichnete Grenze nicht extendirt werden. Ihre analoge Anwendung auf unsern Fall ist deshalb ausgeschlossen. Vielmehr scheint daraus, daß das Gesetz nur für den speciellen Fall der Verwerfung des Rechtsmittels jene Fiktion gestattet hat, der Schluß sich zu ergeben:

> daß für jeden andern Fall — also auch für den der unterlassenen Anwendung des Rechtsmittels — die Fiktion nicht Platz greifen soll,

während andererseits daraus, daß nur bei der N. B. und beim Rekurse die Fiktion gewährt ist, gefolgert werden muß:

> daß sie bei den Rechtsmitteln der Appellation und Revision nicht gestattet sein soll.

Beide Folgerungen sind um so berechtigter, als selbst für jene gesetzlich ausgesprochene Fiktion weder Gründe der Nothwendigkeit noch der Zweckmäßigkeit sich beibringen lassen. Im Gegentheil, jede Fiktion dieser Art führt die Gefahr der Rechtsunsicherheit mit sich. — Ist — wie die Allgem. Ger.-O. sagt — die Feststellung der Unanfechtbarkeit eines erkannten Rechts nothwendige Bedingung für die „Ruhe und Ordnung der bürgerlichen Gesellschaft," so ist es auch nothwendig, daß der Eintritt der Unanfechtbarkeit sofort erkennbar werde. Dann erst ist die „Ruhe und Ordnung" garantirt, weil nur unter dieser Voraussetzung die Betheiligten ihre Handlungen bemessen können und zu beurtheilen im Stande sind, ob sie dem festgestellten Rechte gemäß oder ihm zuwider handeln. Dieser Zweck wird aber nicht erreicht, wenn vermöge einer

Digitized by Google

Fiktion die Unanfechtbarkeit eines Rechts auf einen Zeitpunkt zurückbezogen wird, wo sie faktisch nicht vorhanden war, wo nicht einmal sich übersehen ließ, ob das fragliche Recht als solches überhaupt zur Anerkennung gelangen würde. Wir wissen daher den beiden Entwürfen eines „Gesetzes über die Nichtigkeitsbeschwerde" Dank dafür, daß sie jene Fiktion des § 10 Abs. 3 d. V. O. v. 14. Dezbr. 1833 resp. § 61 Abs. 3 d. V. O. v. 21. Juli 1849 aufgegeben haben.*) Denn wenn schon diese Gesetzes-Entwürfe bisher ohne praktische Wirksamkeit geblieben sind, so sind sie doch nicht ohne wissenschaftliche Bedeutung.

Indem wir nunmehr als Resultat unserer vorstehenden Erwägungen im Widerspruch mit dem Königl. Ober-Tribunal den Rechtssatz hinstellen:

> — daß die Rechtskraft eines Urtels, gegen welches ein Rechtsmittel zulässig war, aber nicht eingelegt worden ist, nicht mit Tage der Urtels-Insinuation, sondern erst mit dem Ablauf der Rechtsmittelfrist eintritt —

glauben wir nicht zu irren, wenn wir die Redaktoren des „Revidirten Entwurfs eines Gesetzes über die Nicht.-Beschw." als unsere Verbündete gegen das Königl. Ober-Tribunal betrachten. Wir stützen uns hierbei auf § 5 jenes Entwurfs, welcher lautet:

> „die Einlegung der Nichtigkeits-Beschwerde hemmt den Eintritt der Rechtskraft des angefochtenen Erkenntnisses."

Vom Standpunkte des Ober-Tribunals aus müßte der Paragraph lauten:

> „Die Einlegung der N. B. hebt die Rechtskraft des angefochtenen Erkenntnisses wieder auf."

*) J. M. Bl. pro 1860 S. 439 u. 206.

Nr. 16.

Streit um das Eigenthum einer bei dem Kaufgeldervertheilungsverfahren angelegten Spezial-Masse.

Mitgetheilt von Otto Kühnas, Kreisrichter in Torgau.

Nach einem am 10. November 1857 errichteten notariellen Vertrage erkaufte S. von der Witwe S. die beiden in A. unter Nr. 1 und 2 belegenen Häuser. Von dem Kaufgeld blieben für die Verkäuferin 500 Thlr. mit 5 % verzinsbar, auf den von ihr verkauften Häusern

stehen und sind hypothekarisch eingetragen. Die Verkäuferin kündigte dem S. jene 500 Thlr. und klagte nach Verlauf der Kündigungsfrist auf Zahlung. Dieser Klage widersprach jedoch der dem inzwischen durch rechtskräftiges Erkenntniß für blödsinnig erklärten S. bestellte Curator, indem er einwendete, der Vertrag vom 10. November 1857 sei ungültig und für seinen Curanden unverbindlich, weil letzterer schon vor dem 10. November 1857 im gesetzlichen Sinne blödsinnig gewesen. Durch den aufgenommenen Beweis wurde dieses bestätigt und aus diesem Grunde die Verkäuferin, Witwe S. mit ihrer Klage durch Erkenntniß des Kreisgerichts zu T. vom 16. September 1859 und des K. Appellationsgerichts zu R. vom 12. Mai 1860 rechtskräftig abgewiesen. Noch ehe indessen dieses Erkenntniß die Rechtskraft erlangt hatte, wurde das eine der verpfändeten Grundstücke, das Haus Nr. 2 zu A., auf den Antrag eines andern Hypothekengläubigers in nothwendiger Subhastation verkauft. In dem zur Bezahlung der Kaufgelder am 24. November 1859 vor dem Kreisgericht zu T. angestandenen Termin liquidirte die Witwe S. aus dem Kaufvertrage vom 10. November 1857:

a) rückständige Kaufgelder	500 Thlr.	—	Sgr.
b) Zinsen davon zu 5 % vom 1. November 1857 bis 24. November 1859 mit .	51 „	20	„
c) Kosten für den Kaufgelderbelegungs-Termin	2 „	15	„
mithin im Ganzen	554 Thlr.	5	Sgr.

Mit Rücksicht auf den vorerwähnten, damals noch schwebenden Proceß protestirte der Curator des S. gegen die Auszahlung dieses Liquidats an die Witwe S. Da eine Einigung der Partheien nicht herbeigeführt wurde, so wurden die 554 Thlr. 5 Sgr. zu einer Special-Streitmasse ad depositum genommen.

Außer den genannten Partheien hat Niemand gegen diese Masse einen Anspruch erhoben.

Da von Seiten der Witwe S. eine besondere Klage nicht eingereicht worden, so ist das Kaufgelderbelegungs-Protokoll als Klage angesehen und Termin zur Beantwortung angesetzt worden. Der Curator des Verklagten S. hat darin beantragt:

> die Klägerin, Witwe S. mit ihren Ansprüchen auf das streitige percipiendum der 554 Thlr. 5 Sgr. nebst Depositalzinsen abzuweisen und dasselbe seinem Curanden zuzusprechen.

Zur Begründung dieses Antrags ist von ihm Folgendes geltend gemacht. Es handele sich im gegenwärtigen ex officio eingeleiteten Processe

nur darum, ob das streitige percipiendum der Klägerin, als zur Zeit der Subhastation noch eingetragenen Gläubigerin, oder dem S., als derzeitigem titulirten Besitzer, in Ermangelung postintabulirter Gläubiger zu übereignen sei. Jedenfalls müsse letzteres geschehen, weil die Klägerin aus dem ungültigen Vertrage vom 10. November 1857, wie in dem Vorprocesse bereits ausgeführt sei, weder ein persönliches Forderungsrecht, noch ein dingliches gegen das verpfändete Grundstück erworben habe, der Verklagte dagegen zur Zeit der Subhastation titulirter Besitzer des Grundstücks gewesen und der Vertrag vom 10. November 1857 zur Zeit noch nicht per sententiam für ungültig erklärt sei. Dessenungeachtet behaupte er zwar auch jetzt noch die Ungültigkeit jenes Vertrages, müsse sich jedoch gegen die etwa zu ziehende Consequenz verwahren, daß sein Curande aus dem gedachten Vertrage Eigenthum an dem subhastirten Grundstücke je erworben habe. Daß dieses nicht der Fall, behalte er sich vor, in einem besonderen Processe gegen die Klägerin auszuführen.

Darauf hat das Kreisgericht zu T. am 14 September 1860 dahin erkannt:

> daß die aus der Subhastation des dem Verklagten A. gehörig gewesenen Grundstücks Nr. 2 zu A. deponirte Specialmasse von 554 Thlr. 5 Sgr. nebst den aufgelaufenen Depositalzinsen dem Verklagten zuzusprechen.

Die Gründe dieser Entscheidung lauten wörtlich folgendermaßen:

„Wie die unter den Partheien ergangenen und vorgelegten Vorproceßakten ergeben, hat Klägerin die jetzt liquidirten, für sie auf das subhastirte Haus Nr. 2 zu A. eingetragenen 500 Thlr. rückständigen Kaufgelder nebst 5 % Zinsen davon seit dem 1. November 1857 gegen den Verklagten S. bereits eingeklagt, ist aber mit ihrer desfalsigen Klage durch die gleichlautenden Erkenntnisse vom 16. September 1859 und 12. Mai 1860 rechtskräftig abgewiesen. Es ist also res judicata unter den Partheien vorhanden. Die Klägerin kann mithin denselben Anspruch, mit welchem sie dem Verklagten gegenüber bereits rechtskräftig abgewiesen ist, nicht noch Einmal gegen den Verklagten erheben und geltend machen. Das Recht für sie auf die liquidirten 500 Thlr. nebst Zinsen ist nach den über die Wirkungen der res judicata im preußischen Recht geltenden Grundsätzen erloschen. Vergleiche Einleitung zur Allgem. Ger.-Ord. § 66. § 557 I. 9 A. L. R. und § 7 I. 16 A. L. R., auch § 1 I. 16 Allg. Ger.-Ord. Die Klägerin muß daher mit ihrem Anspruch auf die aus der Subhastation des dem Verklagten gehörig gewesenen Hauses Nr. 2 zu A. deponirte Specialmasse von 554 Thlr. 5 Sgr. abgewiesen

Digitized by Google

werden. Die nun aber nach § 394 der Konkurs-Ordnung mit zur Entscheidung zu bringende Frage, wem der streitige Kaufgelderbetrag auszuzahlen sei, ist nur allein dahin zu beantworten, daß die streitige Specialmasse dem Verklagten S. gebührt. Denn der Verklagte war der zur Zeit der Subhastation titulirte Eigenthümer des Hauses, und da außer der Klägerin weiter Niemand Ansprüche auf die streitigen Kaufgelder gemacht hat, so gebührt die Streitmasse dem Verklagten S., als dem bei der Einleitung der Subhastation eingetragen gewesenen Eigenthümer. Zwar ergeben die Gründe der in dem früheren Processe der Partheien ergangenen oben allegirten Erkenntnisse vom 16. September 1859 und 12. Mai 1860, daß die Abweisung der Klägerin mit ihrer auf Zahlung der liquidirten 500 Thlr. nebst Zinsen gerichteten Klage deshalb erfolgt ist, weil angenommen ist, daß der Verklagte bereits vor und bei Abschluß des Kaufvertrags vom 10. November 1857 blödsinnig gewesen und daß daher der Vertrag vom 10. November 1857, durch welchen der Verlagte S. das Eigenthum von dem subhastirten Hause erwarb, ungültig sei, allein, ganz abgesehen davon, daß — wie auch das Königliche Ober-Tribunal in dem Erkenntnisse vom 1. December 1843 (Koch Schlesisches Archiv Band 5 S. 283) angenommen — bei Beurtheilung der exceptio rei judicatae lediglich auf die im Tenor des Erkenntnisses gegebene Entscheidung und niemals auf die Erkenntnißgründe Rücksicht genommen werden soll, so können die Gründe jener Erkenntnisse hier umsoweniger maßgebend sein, als es sich im vorliegenden Falle um die Frage über die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Kaufvertrages vom 10. November 1857 und die etwaigen Wirkungen der Ungültigkeit gar nicht handelt. Die Ungültigkeit des fraglichen Kaufvertrags kann für Klägerin nur Grund und Veranlassung zu einer Klage auf Rückgabe des ihrerseits Geleisteten oder Schadensersatz werden, die Forderung der Kaufgelder von 500 Thlr. nebst Zinsen, womit sie rechtskräftig abgewiesen ist, kann sie nicht nochmals geltend machen."

Gegen diese so motivirte Entscheidung legte die Klägerin das Rechtsmittel der Appellation ein und beantragte, das Erkenntniß dahin abzuändern, daß der Verklagte mit seinem Anspruch auf die streitige Masse abzuweisen und dieselbe vielmehr ihr zuzusprechen, wogegen der Curator des Verklagten lediglich um Bestätigung des ersten Erkenntnisses bat. Zur Rechtfertigung ihrer Appellation führte die Klägerin aus: Die streitige Masse gebühre nicht dem bloß eingetragenen Besitzer, sondern vielmehr dem wirklichen Eigenthümer des subhastirten Hauses. Eigenthümer sei aber nur sie, weil der Vertrag vom 10. November 1857 nach den Entscheidungsgründen des Vorprozesses von Anfang an

Digitized by Google

ungültig gewesen, mithin sie immer Eigenthümerin geblieben sei. Daß sie ihren Anspruch nunmehr aus diesem Grunde geltend mache, enthalte aber um so weniger eine Abänderung des Klagefundaments, als sie bei der Subhastation, während der Vorprozeß noch geschwebt habe, nur als eingetragene Gläubigerin habe auftreten können, ihr Anspruch seine andere Gestalt erst während der Licitations-Verhandlungen erlangt habe und jetzt nicht bloß über den aufgestellten Anspruch selbst, sondern zugleich darüber zu entscheiden sei, wem der streitige Kaufgelderbetrag zu übereignen. Hierbei könne es aber nicht auf die strengen Formen des gewöhnlichen Prozesses ankommen.

Dem Antrage der Klägerin gemäß ist denn auch das Erkenntniß erster Instanz von dem K. Appellationsgericht zu N. in zweiter Instanz dahin abgeändert,

> daß die aus der Subhastation des Hauses Nr. 2 zu A. deponirte Specialmasse von 554 Thlr. 5 Sgr. nebst den aufgelaufenen Depositalzinsen der Klägerin, der Witwe S., zuzusprechen,

und zwar aus folgenden Gründen:

„Es ist allerdings unrichtig, wenn die Klägerin bei der Subhastation des Grundstücks als Hypotheken-Gläubigerin auftritt und in dieser Eigenschaft als Gläubigerin bei Vertheilung der Kaufgelder eben dieselbe Forderung geltend macht, welche sie in dem früheren Processe verfolgte und mit welcher sie durch rechtskräftige Entscheidung zweier Instanzen abgewiesen ist. Der frühere Proceß schwebte zwischen denselben Partheien; er betraf denselben Gegenstand, und der Anspruch wurde auch auf denselben Rechtsgrund gestützt, nämlich auf den Kaufvertrag vom 10. November 1857. Unbedenklich steht deshalb der Klägerin der Einwand rechtskräftig entschiedener Sache entgegen. §§ 65. 66 der Einleitung und § 1 Tit. 16 der Proceß-Ordnung. Dabei kann auch der Klägerin nicht zu Statten kommen, daß damals — im November 1859 — als sie ihre Forderung als rückständige Kaufgelder liquidirte, jener Proceß in zweiter Instanz noch nicht entschieden war. Sie hatte schon damals die Entscheidung erster Instanz gegen sich, welche ihr die Ungültigkeit ihres Rechtstitels klar machte; sie hat sich dessenungeachtet auf diesen Rechtstitel gestützt, indem sie bei der Subhastation ihren Anspruch auf rückständige Kaufgelder aus dem Kaufvertrage vom 10. November 1857 geltend machte, ohne denselben wenigstens eventuell in anderer Art zu begründen, und obgleich die Bestimmung des § 394 der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 den Gläubiger ausdrücklich verpflichtet, einen bestrittenen Anspruch entweder in dem Termine zur Belegung und Vertheilung der Kaufgelder näher zu begründen, oder eine besondere Klage

Digitized by Google

einzureichen. Dies ist selbst alsdann unterblieben, nachdem der Vorproceß in zweiter Instanz entschieden war und demnach über die Unstatthaftigkeit jenes Anspruchs kein begründeter Zweifel bestehen konnte. Insoweit wäre die Abweisung der Klägerin in der angebrachten Art vollkommen gerechtfertigt. Nach der weiteren Bestimmung des allegirten § 394 der Konkurs-Ordnung soll indessen zugleich darüber entschieden werden, an wen der streitige Kaufgelderbetrag auszuzahlen oder zu übereignen ist. Eine solche Entscheidung erheischt eine andere Erwägung mit Rücksicht darauf, daß es hier nur um die Rechte zweier gegeneinanderstehenden Personen sich handelt. Der Curator des S., welcher hier wieder als Gegner der Klägerin auftritt, hat in dem früheren Processe die Unverbindlichkeit des Vertrages vom 10. November 1857 auf Seiten seines Pflegebefohlenen geltend gemacht, er gründete diesen Einwand auf die persönliche Unfähigkeit des letzteren zur Errichtung eines Vertrages. Die damalige Klagebeantwortung fängt an mit dem Satze: „„Die Klägerin kann aus dem Vertrage vom 10. November 1857 — — keine Rechte geltend machen, da der Vertrag ungültig ist. Mein Curande — war schon vor dem 10. November 1857 in gesetzlichem Sinne blödsinnig; er vermochte die Folgen seiner Handlungen nicht zu überlegen."" Es wird auch ferner dort behauptet, S. sei sogar schon in früherer Zeit blödsinnig gewesen und habe schon im Anfang des Jahres 1857 alle Dispositionsfähigkeit verloren; daraus wurde die Folge gezogen, der Vertrag sei ungültig und nichtig; der Curator hatte sogar damals einen (später wieder zurückgenommenen) Reconventionsantrag dahin gestellt, daß der Vertrag für ungültig zu erklären. Demnächst ist auch in jenem Processe erwiesen, daß der S. wirklich schon am 10. November 1857 blödsinnig gewesen; es ist damals bei der Entscheidung angenommen, deshalb habe der Vertrag gegen S. keine rechtliche Wirkung und **aus diesem Grunde** ist der auf jenen Vertrag gegründete Anspruch der Klägerin auf Zahlung rückständiger Kaufgelder zurückgewiesen. Mit jenem Einwande steht nun aber offenbar im Widerspruch, wenn der verklagte Curator auch jetzt die Ungültigkeit des Vertrages vom 10. November 1857 behauptet und zugleich gegen eine aus seiner gegenwärtigen Auslassung zu ziehende Consequenz sich verwahren will, als ob durch den Vertrag das Eigenthum des Grundstücks auf seinen Curanden übergegangen sei. Ohne Eigenthum ist ein Anspruch auf die Kaufgelder des Grundstücks nicht zu begründen; einen anderen Titel hat aber S. für diesen Anspruch nicht, wenigstens ist ein solcher bisher nicht geltend gemacht. Es kann sein, daß der S. als titulirter Besitzer des Grundstücks bis zur Adjudikation des Grundstücks anzusehen war, nachdem er

Digitized by Google

die Berichtigung des Besitztitels auf seinen Namen bewirkt hatte. Hier handelt es sich indessen um die Rechtsgültigkeit dieses Titels, und dieser Titel war kein anderer als der Kaufvertrag vom 10. November 1857. Zum Erwerbe des Eigenthums wird ein rechtsgültiger Titel erfordert, und diesen bezeichnen § 132 Tit. 2 und § 2 Tit. 9 Thl. I des Allgemeinen Landrechts als den gesetzlichen Grund, vermöge dessen eine Handlung oder Begebenheit (die Erwerbungsart) die Kraft hat, daß dadurch das Eigenthum erworben werden kann. Dieser rechtliche Grund ist bei Berichtigung des Besitztitels im Hypothekenbuche anzugeben und nachzuweisen. § 6 Tit. 10 Thl. I des Allgem. Landrechts, §§ 50 und 76 Tit. 2 der Hypotheken-Ordnung. Wenn nun der Curator des blödsinnigen S. behauptet, für diesen sei der Vertrag ungültig, und wenn zugleich der Grund dieser rechtlichen Ungültigkeit festgestellt wird, so folgt daraus von selbst, daß derselbe Rechtstitel zur Begründung des Eigenthums nicht geltend gemacht werden darf, und daß ferner, wo dieser Titel fehlt, alle daraus herzuleitenden Ansprüche auf Kaufgelder des Grundstücks wegfallen. Man darf aus der Thatsache, daß der S. bei Einleitung der Subhastation, und, wie vorauszusetzen ist, resp. bis zur Adjudikation, als Eigenthümer des Grundstücks in dem Hypothekenbuche angegeben war, nicht mit dem Richter erster Instanz die Folge ziehen, daß um deshalb auch die streitigen Kaufgelder dem S. zustehen, vielmehr fehlt, wenn von seiner Seite die Ungültigkeit des Erwerbungstitels geltend gemacht und nachgewiesen wird, eine rechtliche Begründung seines Anspruchs, wenngleich jene Ungültigkeit des Vertrags noch nicht direkt durch eine richterliche Entscheidung ausgesprochen ist. Bei dem Wegfallen des Anspruchs von Seiten des S. können die deponirten Kaufgelder nur der Klägerin zugesprochen werden. Hiernach ist die Entscheidung erster Instanz abzuändern."

So weit die Gründe des Appellations-Erkenntnisses.

In die dritte Instanz ist der Proceß nicht gediehen.

Nr. 17.

Ein in New-York von einem Preußen errichtetes Testament ist nach den dort geltenden Gesetzen zu beurtheilen.

Rechtsfall, mitgetheilt vom Appellationsgerichts-Rath Pape in Ratibor.

Robert Matschke, zu Neiße geboren und im Jahre 1851 mit obervormundschaftlicher Genehmigung nach Nord-Amerika ausgewandert, starb

Digitized by Google

am 11. September 1856 zu New-York, ehe er den bei der Regierung zu Oppeln nachgesuchten Auswanderungs-Consens erhalten hatte. In dem Nachlasse des Matschke hat sich eine seinen letzten Willen enthaltende, in der Stadt New-York aufgenommene Privatschrift vom 8. September 1856, welche durch Beifügung seines Vor- und Zunamens in Gegenwart zweier Zeugen vollzogen und dabei ausdrücklich als sein Testament anerkannt und von den Zeugen durch eine von ihnen unterschriebene Erklärung bekräftigt worden, vorgefunden, in welcher nach vorheriger Disposition bezüglich bestimmter Vermögensstücke unter Nr. 9 verordnet ist, — nach der deutschen Uebersetzung —:

„Den Rest und das Uebrige meines persönlichen Vermögens (personal estate) meines Geldes und Eigenthums (property) gebe, hinterlasse und vermache ich — — — den besagten vorerwähnten Personen und Freunden — den J. B. Eckel, J. S. Röckel, Friedrich Wienand und S. Silberrad" — unter Nr. 10 den Silberrad zum Testamentsexecutor ernennend."

Unter dem Testamente befindet sich eine vom Nachlaßrichter Bradford ausgestelltes Attest:

daß der letzte Wille des R. Matschke, welcher das vorstehend geschriebene Instrument ist, von ihm, dem Abgeordneten der Herrschaft New-York, als der letzte Wille des genannten Verstorbenen gehörig laut Gesetz eröffnet worden und daß dieses Testament und die Eröffnung desselben auf diesem Amte lib. 119 der Testamente pag. 94 eingetragen worden.

Zum Nachlaß gehörten unter anderem verschiedene Gold- und Silbersachen im Taxwerthe von 36 Thlr. 2 Sgr. 3 Pf. und 2611 Thlr. 9 Sgr. 8 Pf. Kaufgelder für ein verkauftes Haus in Neiße, welche zum Depositum des Kreisgerichts zu Neiße genommen worden. Bei diesem hat sich als nächste Verwandte des Erblassers eine Tante desselben, verehelichte Kalke, legitimirt. Diese und der vom Gerichte bestellte Nachlaß-Curator erkannten das oben gedachte Testament nicht an und machten Ansprüche an den erwähnten Nachlaß resp. die Depositalmasse. Deshalb wurden die oben gedachten vier Testamentserben mit dem Antrage gegen sie klagbar,

das mehrgedachte Testament für rechtsgültig zu erklären und demnach die Verklagten zu verurtheilen, darin zu willigen, daß der im Depositorium des Kreisgerichts zu Neiße und dessen Spezialmasse M. 35 befindliche Nachlaß des Robert Matschke an die Kläger als dessen Testamentserben verabfolgt werde.

Sie behaupteten, daß das Testament den zu New-York gültigen gesetzlichen Erfordernissen entspreche, überreichten zu dem Ende ein vom Notar Zitz ausgestelltes Gutachten, in welchem die einschlagenden New-

Digitized by Google

Yorker Gesetze angegeben und am Schlusse attestirt worden, daß diesen Gesetzen in jeder Beziehung genügt sei.

Die Verklagten erklärten das Testament für ungültig, weil bei Errichtung desselben nicht die im Preuß. A. L. R. vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet worden und erkannten das darunter befindliche Attest, das überreichte Gutachten und die Qualität und Competenz der Aussteller nicht an. Der mitverklagte Nachlaß-Curator behauptete, es fehle in dem letzten Willen des Matschke eine Erbeseinsetzung und enthalte derselbe nur Bestimmungen über bestimmte, insbesondere bewegliche Vermögensstücke, die Hauskaufgelder gehören dazu nicht, weil das Haus, obgleich der Erblasser schon vorher den Verkauf desselben angeordnet, doch erst am 4. October 1856, also nach dem Tode des Erblassers verkauft worden. Sie beantragten deshalb die Abweisung der Kläger, die mitverklagte Kasse zugleich reconveniendo:

> das gedachte Testament für ungültig und deshalb die Kläger und Widerverklagten für schuldig zu erklären, darin zu willigen, daß der sämmtliche Nachlaß des Robert Matschke, insbesondere der im Depositorium des Kreisgerichts zu Neiße und dessen Spezialmasse M. 35 befindliche Nachlaß desselben an sie herausgegeben werde.

Kläger haben diesem Antrage widersprochen.

Das Kreisgericht zu Neiße erkannte auch diesem gemäß in conventione auf Abweisung und in reconventione auf Verurtheilung der Kläger und Widerverklagten, weil sie die in Neu-York geltenden, hier einschlagenden Gesetze nicht gehörig unter Beweis gestellt.

Die Kläger appellirten und beantragten:

> Abänderung des ersten Erkenntnisses nach ihren Anträgen erster Instanz.

Zur Begründung dessen beriefen sie sich auf ihre früheren Anführungen, traten aber event. noch weitere Beweise an und überreichten ein in englischer Sprache verfaßtes Gesetzbuch für Neu-York, dessen Gültigkeit sie unter Beweis stellten. Die Verklagten bestritten die gegnerischen Behauptungen, recognoscirten das Gesetzbuch nicht, erkannten auch die zum Beweise für dessen Gesetzeskraft eingereichten Urkunden und die Competenz resp. Qualifikation der angeblichen Aussteller derselben nicht an und beantragten Bestätigung des ersten Erkenntnisses.

Das Appellationsgericht zu Ratibor änderte unterm 20. September 1860 das erste Erkenntniß ab und erkannte in conventione nach dem Antrage der Kläger und wies in reconventione die Mitklägerin Kasse ab, aus folgenden

Gründen:

Was die formelle Gültigkeit des in Frage stehenden Testaments anbetrifft, so ist der Grundsatz: locus regit actum zur Anwendung zu bringen und durch die Pr. Gesetzgebung nicht für ausgeschlossen zu erachten und daher das Testament rücksichtlich der Form nur nach den in New-York zur Zeit der Errichtung gegoltenen Gesetzen zu beurtheilen und nicht nach den Vorschriften des Allgem. Land-Rechts. Es ist jener Grundsatz rücksichtlich seiner Anwendbarkeit auf Testamente zwar bestritten, jedoch haben sich aus sehr guten Gründen längst die bewährtesten Rechtslehrer, viele unserer Gerichtshöfe und auch der höchste Gerichtshof dafür ausgesprochen, und selbst mehrere Gegner, welche den Grundsatz im Allgemeinen bestreiten, lassen ihn doch dann gelten, wenn ein Inländer im Auslande nach dortigen Vorschriften ein Testament errichtet und dort stirbt.

Vergl. Eichhorn's Einleitung in das deutsche Privatrecht § 37.
Pütter im Archiv für civilist. Praxis Bd. 37 S. 384 folg. Bd. 38 S. 57 folg.
Beseler, System des deutschen Privatrechts Bd. 1 § 39.
Savigny, System Bd. 8 S. 364.
Walter, System des deutschen Privatrechts § 50.
Entscheid. des Ober-Tribunals Bd. 35 S. 368.
Beiträge zur Erläuterung des Pr. Rechts von Gruchot III. Jahrgang S. 117.

Walter bemerkt mit Recht:

„Die wechselseitige Anerkennung der Staaten, das Interesse des gegenseitigen Verkehrs und die Rücksicht auf die eigenen Unterthanen führen dazu, die auswärts errichteten Rechtsgeschäfte der Form nach für gültig zu halten, wenn die am Orte der Errichtung dafür vorgeschriebenen Formen beobachtet sind. Dieses ist auch durch den allgemeinen Gebrauch anerkannt, bei Verträgen wie bei letztwilligen Verfügungen."

Die Annahme der Unanwendbarkeit jenes Grundsatzes würde dahin führen, daß einem Inländer, welcher sich im Auslande befindet, wo die Vorschriften seiner Heimath in Betreff der Errichtung von Testamenten ganz unbekannt und gar nicht zu beobachten sind, es durchaus unmöglich würde, wenn er in die Lage versetzt würde, ein Testament errichten zu müssen, dieses ausführen zu können — ein Fall, der einer Rechtsverweigerung gleichkäme. Wenn die Verklagten sich zur Unterstützung ihrer Ansicht auf die amtlichen Vorträge von Suarez berufen, so übersehen sie, daß es sich da um Fälle, wie der vorliegende, gar nicht handelte, sondern daß dort nur die Frage über die Form der im Inlande zu errichtenden Testamente Gegenstand der Erörterung war, wie aus den dort

Digitized by Google

hervorgehobenen Betrachtungen — S. 77 des Separatabdrucks — unzweifelhaft hervorgeht.

Es kann sich hiernach nur fragen: Ist das Testament nach den Bestimmungen des zu Neu-York zur Zeit der Errichtung geltenden Gesetzen errichtet und echt? Die Kläger haben zum Beweise, daß das Testament den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend aufgenommen, den II. Band des zu Neu-York geltenden Gesetzbuches — the revised statutes of the state of New-York — vorgelegt, worin Pars II Cap. VI tit 1 folg. die Vorschriften über Errichtung der Testamente enthalten. Daß das vorgelegte Werk die für Neu-York geltenden Gesetze enthält und namentlich zur Zeit der Errichtung des hier fraglichen Testaments die in Pars II Cap. VI tit. 1 folg. enthaltenen Bestimmungen gegolten, dafür liegen die unterm 4. Oktober 1859 abgegebenen Aussagen der Notare und Advokaten Kapp, Brase und Gillen vor, so wie das Attest des Richters am Gerichtshofe der Common Pleas, Henry Hilton, dessen Eigenschaft als Richter und dessen Unterschrift durch den Gerichtsschreiber des gedachten Gerichtshofes bescheinigt und beides beglaubigt durch den Pr. General-Consul Schmidt zu Neu-York, dessen Befugniß zu solchen Attesten nach dem Schreiben des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten nicht in Zweifel zu ziehen. Es muß daher als feststehend angenommen werden, daß das vorgelegte Werk und die vorgedachten Stellen die Bestimmungen enthalten, welche für die Errichtung der Testamente in Neu-York zur Zeit der Errichtung des hier in Frage stehenden Testaments gegolten und wornach dieses zu beurtheilen. Nach diesen Bestimmungen, namentlich dem Cap. VI tit. 1 Art. 3 über die Art und Weise der Aufnahme einer letztwilligen Verfügung muß das vorliegende Testament als gültig errichtet angesehen werden, da es jenen Bestimmungen gemäß aufgenommen worden. Dafür sprechen nicht allein die Gesetzesstellen, sondern auch das Attest des Nachlaßrichters (Surrogate) Bradford. Zu den Functionen dieses gehörte es nach den allegirten gesetzlichen Bestimmungen, das Testament zu prüfen, ob es den Formen des Gesetzes entsprechend gemacht und ob dasselbe echt und als letzter Wille des Verstorbenen anzusehen. Derselbe hat die Prüfung nach förmlichem Provokationsverfahren vorgenommen, die Testamentszeugen eidlich vernommen und die Echtheit und Gültigkeit, wie das Gesetz vorschreibt, festgestellt und demnächst in dem Archive des Surrogatgerichts eingetragen, wie die vorgelegten betreffenden Verhandlungen des Bradford nach der notariellen Beglaubigung des Notars Zitz, der dazu nach Pars II Cap. III Art. II § 32 für befugt zu erachten, dessen Unterschrift und Befugniß auch vom General-Consul unterm 18. August 1857

Digitized by Google

beglaubigt, darthun. Das unter dem Original-Testamente befindliche Attest vom 29. October 1856 und das testamentarische Verwilligungsattest für den Testamentsexekutor Silberrad — letters testamentary granted to lewis Silberrad etc. — von demselben Tage sprechen die Echtheit und Gültigkeit unbedingt aus. Nach den Bestimmungen Cap VI tit. 1 Art. 1 § 11, Art. 2 § 21 und Art. 3 § 80 sind aber die vom Nachlaßrichter nach erfolgter Prüfung ausgestellten Atteste über die Gültigkeit der Testamente in formeller Beziehung und die Echtheit bis zum Beweise des Gegentheils vollbeweisend, und es muß daher auch das vorliegende Testament als formell gültig und für echt erachtet werden.

Die Verklagten haben noch eingewendet: es fehle in dem Testamente an einer Erbeseinsetzung, der Erblasser habe nicht über seinen ganzen Nachlaß disponirt, sondern nur über sein bewegliches Vermögen und namentlich nicht über seine damals noch unverkauften in Neiße belegenen Immobilien, deshalb können Kläger auf die im Depositum befindliche Masse, wenigstens die Kaufgelder für das erst später verkaufte Haus nicht Anspruch machen. Darin ist ihnen jedoch nicht beizupflichten. Der Erblasser hatte, wie nicht bestritten, schon vor der Errichtung seines Testamentes den Auftrag zum Verkaufe des ihm zugehörigen Hauses gegeben und er mußte bei Errichtung seines letzten Willens davon ausgehen, daß zur Zeit seines Todes an die Stelle des Hauses schon die Kaufgelder dafür getreten, und wenn er daher auch nur über sein bewegliches Vermögen disponirt, so könnte dieses doch nur so aufgefaßt werden, daß seine Absicht dahin gegangen, auch über jene Kaufgelder mit zu disponiren. Er hat auch wirklich nach Nr. 6 seines Testaments über die Kaufgelder mit disponirt, sie sind Gegenstand seines letzten Willens geworden, gleichviel ob sie damals schon eingegangen oder nicht, ob der Verkauf schon wirklich abgeschlossen oder nicht. Wollte man daher auch den Verkagten darin beitreten, daß der Erblasser nur über sein bewegliches Vermögen disponirt, so würden sie doch auf die Kaufgelder keinen Anspruch machen können, da der Erblasser darüber bereits zu Gunsten der Kläger verfügt hat. Es läßt sich aber auch nicht einmal zugeben, daß der Erblasser nur über sein bewegliches Vermögen disponirt; im Gegentheil muß nach dem Inhalte des Testamentes angenommen werden, daß der Erblasser über sein gesammtes Vermögen disponirt. Unter den in Nr. 9 gedachten „personal estate“ ist zwar nicht „das persönliche Vermögen“ zu verstehen, es bezeichnet vielmehr im gesetzlichen Sinne wirklich nur das bewegliche Vermögen im Gegensatze zu real estate — unbeweglichem Vermögen, wie aus Pars II Cap. 6 Tit. 1 Art. 1—3 unzweifelhaft erhellet. Aber der Erblasser verfügt über sein Vermögen

Digitized by Google

in Amerika, über sein in Neiße habendes Vermögen und darunter über den Kaufpreis für sein Grundvermögen, und nachdem er in Bezug auf Alles dieses disponirt, verfügt er unter Nr. 9 über den Rest seines dann noch verbleibenden Vermögens und nicht blos in Betreff des beweglichen — personal estate, sondern auch über sein Geld und sein sonstiges Eigenthum, denn nur so ist das property zu verstehen und dieses nicht mit personal estate für gleichbedeutend zu nehmen. Hiernach und nach dem ganzen Inhalte seiner Disposition muß man daher als feststehend annehmen, daß er über den Inbegriff seines Nachlasses disponirt, das Erbrecht selbst zum Gegenstande seiner Disposition gemacht und nicht einzelne Gegenstände oder Summen, daß also auch den Bestimmungen des A. L. R. entsprochen, wenn man überhaupt diese als maßgebend erachten wollte — § 3. 4. 254 u. 256 Tit. 12 Th. I A. L. R., Gruchot, Beiträge 2c. III. Jahrg. S. 236 folg.*) — Und damit sind die Intestaterben ausgeschlossen und die Kläger als wirkliche und alleinige Erben zu erachten und berechtigt, den im Depositum des Kreisgerichts zu Neiße befindlichen Theil des Nachlaßvermögens ausgehändigt zu verlangen. Demgemäß mußte denn auch das Erkenntniß erster Instanz abgeändert werden.

Gegen dieses Erkenntniß legten die Verklagten das Rechtsmittel der Revision ein, das Obertribunal bestätigte jedoch dasselbe unterm 18. November 1861 aus nachstehenden

Gründen:

Gegen das reformatorische Appellations-Urtel vom 20. September 1860 hat die Verklagte und Widerklägerin, Ehefrau Kalke, die Revision eingelegt, weil durch dasselbe auf Antrag der Kläger das Testament des Robert Matschke vom 8. September 1856 für rechtsgültig erachtet und sie, Verklagte, für schuldig erklärt worden, einzuwilligen, daß der im Depositorium des Kreisgerichts zu Neiße befindliche Nachlaß des Testators den Klägern verabfolgt werde und ferner, weil sie mit ihrer Widerklage, gerichtet auf Ungültigkeitserklärung dieses Testaments und auf Ertheilung der Einwilligung der Kläger zur Herausgabe des sämmtlichen Robert Matschke'schen Nachlasses, abgewiesen worden.

Von dem in der Konvention ergangenen condemnatorischen Erkenntnisse wird auch der dem Nachlaß durch das Kreisgericht zu Neiße

*) Gegen das dort mitgetheilte Appellations-Erkenntniß (vom 9. September 1858) hatten die Kläger die Nichtigkeits-Beschwerde erhoben, sie ist aber durch das Erkenntniß des Obertribunals vom 21. März 1859 zurückgewiesen und der Ausführung des Appellationsrichters überall beigetreten.

Digitized by Google

bestellte Curator betroffen, weshalb derselbe diesen Theil der Entscheidung gleichfalls im Wege der Revision angegriffen hat. Jeder der Revidenten hat das angebrachte Rechtsmittel in besonderer Schrift eingeführt und zu rechtfertigen gesucht.

Die erhobenen Beschwerden sind nicht begründet. Von den Verklagten ist die Rechtsbeständigkeit der im Original überreichten, als Testament bezeichneten letztwilligen Verordnung, welche der am 11. September 1856 als preußischer Unterthan in Nordamerika, zu Neu-York, verstorbene Robert Matschke unter dem 8. dess. Mts., und zwar nach der Behauptung der Kläger durch eigenhändige Vollziehung verabfaßt hat, und welche nicht nur sein daselbst am Orte seines Ablebens vorhandenes, sondern auch das für ihn in Schlesien zu Neiße verbliebenes Vermögen berührt, zunächst um deswillen angefochten worden, weil bei ihrer Errichtung die im preuß. Landrecht vorgeschriebenen Formen nicht zur Anwendung gekommen seien und die etwaige Beobachtung der in dieser Hinsicht für Neu-York erlassenen Gesetze zur rechtlichen Wirksamkeit der diesfälligen Verfügung nicht genüge. — Allerdings entspricht dieselbe in formeller Beziehung insofern nicht den Bestimmungen der diesseitigen landrechtlichen Gesetzgebung, als sie lediglich in einem privatschriftlichen Aufsatz des Erblassers besteht, und von diesem dem Gericht nicht übergeben worden.

§§ 66. 100. 104. 139. Tit. 12 Th. I A. L. R.

Dieser Umstand ist jedoch noch nicht geeignet, der Urkunde die Kraft einer, insbesondere auch in den hiesigen Staaten vollgültigen letztwilligen Disposition zu entziehen, da sie nicht im Inlande, sondern zu Neu-York, am Sterbeorte, errichtet worden, daher, worin dem vorigen Richter aus den von ihm angeführten Gründen beizupflichten, das dort herrschende Recht in Ansehung der äußeren Form der Handlung zur Richtschnur dienen muß. Bei der Unvollständigkeit der preuß. landrechtlichen Vorschriften über die Kollision der Territorialrechte verschiedener Staaten fehlt es zwar auch an einer ausdrücklichen Satzung darüber, nach welchen Formen bei hiesigen Gerichten die in auswärtigem Gebiete von diesseitigen Unterthanen gefertigten Testamente oder sonstigen Verfügungen von Todeswegen zu beurtheilen. Die Doctrin hat indessen, wie bereits im Appellations-Erkenntnisse richtig nachgewiesen und auch in Savigny's System des heutigen römischen Rechts Bd. 8 S. 348—355 entwickelt ist, in großer Uebereinstimmung festgestellt, daß nach gemeinem Rechte die in der Parömie „locus regit actum“ ausgeprägte Regel für letztwillige Verordnungen gleichfalls maßgebend ist und daß derselben in Betreff derartiger Rechtsgeschäfte nach preußischem Rechte bei richtiger

Digitized by Google

Kombination der geltenden Gesetze die Anerkennung eben so wenig versagt werden kann.

cfr. von Savigny a. a. O. S. 364 ff.
Bornemanns Erörterungen S. 78. 82.
Löwenberg, Motive der preußischen Gesetzgebung Bd. I S. 32. 44—48.

In dieser Weise hat sich auch die Praxis des Ober-Tribunals entschieden. In dem Erkenntniß vom 3. April 1857 (Samml. der Entscheidungen Bd. 35 S. 369) auf dessen Ausführung hier der Kürze wegen verwiesen wird, ist dargelegt, wie sich daraus, daß jener gemeinrechtlichen Regel im preuß. Landrechte nicht ausdrücklich gedacht ist, nicht die Absicht folgern läßt, dieselbe zu beseitigen. Es ist daselbst als ein mit dem bestehenden Rechte vereinbares Prinzip ausgesprochen, daß nach der altländischen preuß. Gesetzgebung ein preuß. Unterthan, welcher im Auslande sich aufhält, daselbst in derjenigen Form, welche die dasigen Gesetze zulassen, gültig testiren könne, daß mithin den hierüber im preuß. Landrechte gegebenen Bestimmungen ein dergestalt zwingender Charakter nicht beizumessen sei, um auch die außer dem Bereiche desselben errichteten Testamente deshalb als unkräftig erachten zu können, weil sie der landrechtlichen Form entbehren. Hier kommt überdies noch in Betracht, daß der Erblasser, wenn gleich als eine unter Vormundschaft stehende Person, doch mit obervormundschaftlicher Erlaubniß nach Amerika gegangen, daß er sodann dort in Neu-York verblieben, nachdem die Vormundschaft über ihn ihre Endschaft erreicht, daselbst in Sozietät ein Droguerie- und Spezerei-Geschäft betrieben, dort gewohnt, und die Absicht, Neiße — den Ort seiner Geburt — gänzlich zu verlassen, genügend zu erkennen gegeben, indem er seine Entlassung als preuß. Unterthan bei der Regierung zu Oppeln nachgesucht, was nach § 15 Nr. 1, § 16 des Gesetzes vom 31. December 1842 (G.-S. für 1843 S. 15) zu vermuthen, da ihm die Entlassungsurkunde am 24. September 1856 von der Landespolizeibehörde ausgefertigt worden und nur wegen seines inzwischen, einige Tage vorher, erfolgten Todes nicht mehr hat behändigt werden können, so daß bei seinem Ableben der Verlust seiner Eigenschaft als Preuße — § 20 l. c. — noch nicht eingetreten war.

Muß hiernach der vorstehend erörterte, in der Revisions-Instanz festgehaltene Angriff gegen die Gültigkeit des vorliegenden Testaments verworfen werden, so erscheint dessen Wirksamkeit wegen Mangels der nöthigen Form überhaupt nicht beeinträchtigt; denn nach dem Resultat der in zweiter Instanz vorgenommenen Ermittelungen ist, wie bereits der Appellationsrichter ausgeführt, bei Abfassung desselben nach den für

Digitized by Google

den Staat Neu-York gegebenen Gesetzen verfahren worden. Der Erblasser hat die seinen letzten Willen enthaltende, in der Stadt Neu-York aufgenommene Privatschrift vom 8. September 1856 durch Beifügung seines Vor- und Zunamens in Gegenwart der beiden Zeugen Wecke und Moje am Schlusse eigenhändig vollzogen und dieselbe bei diesem Acte ausdrücklich als sein Testament und seinen letzten Willen anerkannt. Von den genannten Zeugen ist dies durch eine, auf Gesuch des Erblassers unter eben diesem Aufsatz vermerkte, von ihnen unterschriebene Erklärung, bekräftigt worden. Etwas Anderes und Mehreres ist besage des, vom Mandatar der Kläger übergebenen, die Bestimmungen über Testamente enthaltenden Bd. II des Gesetzbuchs für den Staat Neu-York (herausgegeben zu Albany und Neu-York im Jahre 1852 von den Rechtsgelehrten Denis und Trach) über die Art und Weise der Aufnahme einer letztwilligen Verfügung nicht angeordnet.

cfr. Capitel VI Tit. 1 Art. 3. § 33 l. c.

Der von den Verklagten in den Appellations-Beantwortungen, aber nicht mehr in der Revisions-Instanz bestrittene, offizielle und beweisende Charakter dieser Ausgabe ist bestätigt worden durch das eidliche Zeugniß und Gutachten der Advokaten im Staate Neu-York Namens Kapp, Brace und Gillen, welches dieselben vor dem öffentlichen Notar Zitz zu Neu-York laut der von diesem unter Amtssiegel ausgefertigten Verhandlung vom 4. October 1859 ertheilt haben. Ein Verdacht gegen die Zuverlässigkeit dieser Ausfertigung waltet nicht vor und ist von den Verklagten ein solcher nicht motivirt worden. Alle Zweifel gegen die Authentizität des überreichten Werks werden aber auch beseitigt durch das mit den Bekundungen der genannten Rechtsgelehrten übereinstimmende, gleichfalls mit amtlichem Siegel versehene Attest des am Gerichtshofe für gemeine bürgerliche Prozesse in der Stadt und Grafschaft Neu-York vorsitzenden Richters Henry Hilton vom 30. November 1859, dessen Eigenschaft als solcher, sowie seine Unterschrift vom Gerichtsschreiber Jarvis unter öffentlichem Siegel sub eodem dato bescheinigt ist. Gegen die Glaubwürdigkeit dieser Urkunden läßt sich nach ihrer äußern Beschaffenheit und ihrem Inhalte nichts erinnern, es ist dieselbe aber auch, so wie die dem Richter Hilton durch das Gesetz beigelegte Ermächtigung zur Ertheilung solcher Auskunft noch bezeugt worden durch den Königl. Preuß. General-Konsul Schmidt zu Neu-York in dessen Certifikat vom 1. Dezember 1859, welchem, wenn ihm auch die diplomatische Urkunden-Legitimation im eigentlichen Sinne nicht zusteht, doch nach dem Schreiben des Königl. Preußischen Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten vom 23. März 1860 die Beglaubigung der

Digitized by Google

Unterschriften der in seinem Bereiche befindlichen Behörden gestattet worden, und nur den Gerichten überlassen geblieben, in jedem einzelnen Falle zu ermessen, inwieweit sie durch solche Bezeugung die Echtheit einer Urkunde für konstatirt annehmen. Nach dem vorgedachten Gesetzbuch

cfr. Art. 3 §§ 47. 48. 50. 51. 53. 54. 64. 67. 68. 80. Art. 2 § 21, Art. 1 § 11

hat der zuständige Nachlaßrichter — der Abgeordnete (Surrogate) der Grafschaft — nach dem Ableben eines Testators auf Antrag des ernannten Testamentsvollstreckers, der Erben oder Legatare die letztwillige Verordnung in Ansehung ihrer Echtheit und des bei der Aufnahme stattgefundenen Herganges, dessen Uebereinstimmung mit dem Gesetz im Wege eines genau vorgeschriebenen Probationsverfahrens zu prüfen, sich sodann über die Zulänglichkeit des geführten Beweises und schließlich über deren Gültigkeit zu entscheiden, dieselbe demnächst im Archiv des Surrogate-Gerichts einzutragen und mit der Bescheinigung der Identität der geschehenen Prüfung und Eintragung zu versehen. Nach Art. 3 § 80, Art. 2 § 21 und Art. 1 § 11 l. c. sind dergleichen vom Surrogate geprüfte und als solche beglaubigte Testamente in Hinsicht ihrer äußern Form bis zur Feststellung des Gegentheils als rechtsbeständig und als echt anzusehen.

In concreto hat der Surrogate der Provinz Neu-York, Alexander Wilhelm Bradford, laut der in notariell vidimirter Abschrift beigebrachten Ausfertigung der von ihm am 29. October 1856 aufgenommenen Verhandlung, das Testament des Erblassers Matschke dem Probationsverfahren unterworfen. Die Testamentszeugen sind von ihm abgehört worden. Diese haben die durch den Erblasser und die durch sie selbst geschehene Vollziehung des Testaments und überhaupt den Act seiner Abfassung, wie er oben geschildert und als gewiß vorausgeschickt ist, eidlich bestätigt, der Surrogate hat schriftlich die Gültigkeit des Testaments ausgesprochen, dasselbe im Gerichts-Archiv eingetragen und ihm das nöthige Attest aufgeschrieben, auch dem ernannten Testaments-Vollstrecker Silberad den Verwaltungsschein ausgereicht. Die Eigenschaft des Bradford als Surrogate der Grafschaft Neu-York und des Francis Zitz als öffentlicher Notar daselbst, welcher die Ausfertigung des Bradford vidimirt hat, ist wiederum, so wie die Glaubwürdigkeit der von ihnen in ihrem Amte ausgestellten Urkunden vom Königl. Preuß. General-Konsul Schmidt am 24. November 1856 und 18. August 1857 bescheinigt worden. In dem Vidimations-Atteste des Notars Zitz vom 14. August 1857 hat dieser noch besonders die dem Testamente nach dem Ausfalle des Probations-Verfahrens gemäß den dortigen Statuten

Digitized by Google

beiwohnende Gültigkeit gutachtlich bezeugt, auch durch einen Extract aus dem Theil III des Gesetzbuches für Neu-York, Cap. 3 Bd. 2 § 32 seine Befugniß zu solcher Auskunft dargelegt und in einem vom Preuß. General-Konsul wiederum am 9. Mai 1859 accordirten Certifikat vom 28. April desselben Jahres das ganze Probations-Verfahren als richtig vor sich gegangen, so wie noch speziell bescheinigt, daß dasselbe besage Amtsregisters von Niemandem angegriffen worden.

Die verklagte Ehefrau Kalke hat auch in jetziger Revisions-Instanz gegen die, nach den Gesetzen des Staates Neu-York bestehende formelle Gültigkeit des Testaments und gegen dessen Echtheit einen Einwand nicht mehr erhoben und gegen die Entscheidung des vorigen Richters aus dem Grunde, weil in beiderlei Hinsicht der gelieferte Beweis als ein ausreichender und überzeugender befunden worden, keine Beschwerde geführt. Nur der mitverklagte Nachlaß-Curator als solcher, für sich allein, hat erinnert, das Verfahren, welches bei Errichtung des streitigen Testaments befolgt worden, sei mit den hier einschlagenden ausländischen Statuten nicht im Einklange, da zum Vermögen des Erblassers zu jener Zeit sein in Neiße gelegenes, erst nach dessen Ableben verkauftes Haus gehört habe, hiernach die letztwillige Verfügung auch sein Grundeigenthum betroffen, die für diesen Fall bei deren Aufnahme und Prüfung nach Bd. 2 Cap. 6 Art. 1 des Neu-Yorker Gesetzbuchs vorzunehmende Prozedur von derjenigen verschieden sei, welche genüge, wenn nur über bewegliches Vermögen verfügt werde — Art. 3 l. c. — bei Abfassung und Prüfung des vorliegenden Testaments jedoch nur die Vorschriften in Anwendung gekommen, welche für Dispositionen über bewegliches Eigenthum gegeben seien. Es kann dahin gestellt bleiben, ob, was Kläger und Revisen bestreiten, der Nachlaß-Curator, nachdem die verklagte Ehefrau Kalke als eventuelle gesetzliche Erbin ermittelt worden, überhaupt noch zu einem Angriffe gegen die Wirksamkeit des Testaments berechtigt ist; denn seine Bemängelungen sind in keiner Weise zutreffend und werden durch den Inhalt der statutarischen Bestimmungen, mit welchen er argumentirt, nicht gerechtfertigt.

Nach Bd. 2 Cap. 6 Tit. 1 Art. 3 § 33 des Gesetzbuchs resp. der revidirten Statuten des Staats Neu-York unterliegen die Testamente über bewegliches und unbewegliches Eigenthum ganz gleichen Formen, und das Probations-Verfahren ist ein und dasselbe.

cfr. §§ 47, 48, 51, 53, 54, 64, 67, 68, 80 Art. 3 l. c.

Es kann daher eine Ungültigkeit der letztwilligen Verordnung des Erblassers auch daraus nicht hergeleitet werden, daß dieselbe bei ihrer Prüfung als eine, nur bewegliches Vermögen berührende betrachtet und

Digitized by Google

einregistrirt worden. Dafür gewähren die beregten Statuten keinen Anhalt. Das Kap. 6 des zweiten Bandes verhandelt in Art. 1 die Testamente über „unbewegliches Eigenthum," im Art. 2 diejenigen über „bewegliches Vermögen" und im Art. 3 diejenigen über „beide Arten von Eigenthum." Die Verschiedenheit der Bestimmungen in den ersten beiden Artikeln betrifft indessen nicht die wesentliche Form, sie bezieht sich, so weit eine solche erkennbar, auf die Erbfähigkeit und den materiellen Inhalt der Testamente und hat in casu, wenn man auch die hier streitige Disposition als eine solche auffassen will, die sich zugleich über Immobilien verhält, auf deren Rechtsbeständigkeit keinen Einfluß. Nach den §§ 3. 4. 5 Art. 1, auf welche sich der Nachlaß-Curator beruft, soll Grundeigenthum jeder, zu dessen Besitz befähigten Person beschieden werden können, einer Körperschaft nur unter gewissen Voraussetzungen, niemals aber einem solchen, der beim Tode des Erblassers ein Fremder und nicht durch Statut berechtigt ist, Grundbesitz zu halten. Es soll ferner die auf unbewegliches Gut sich beziehende Verfügung eines jeden Testators sein sämmtliches Grundeigenthum umfassen. Gegen diese Vorschriften hat jedoch der Erblasser im angefochtenen Testamente ebensowenig, wie gegen die im § 33 Art. 3 l. c. vorgezeichnete Form verstoßen. Kläger, welche seinen Nachlaß erhalten sollen, sind unbestritten Einwohner von Neu-York und es ist nicht ersichtlich, daß der Testator etwa vorhandenes unbewegliches Gut von seiner Verordnung ausgenommen habe. Ganz grundlos ist die vom Nachlaß-Curator in seiner Revisionsschrift aufgestellte Behauptung, es seien die Statuten für Neu-York nur für Testamente über das in den Staaten der Union befindliche Vermögen gegeben und es habe der Erblasser über sein diesseitiges Besitzthum nach den dortigen Gesetzen gar nicht oder nicht frei disponiren können. Dafür ist der Curator den Beweis schuldig geblieben. Die in dieser Hinsicht allegirten §§ 3. 4. 5. 17 Art. 1 § 20 Sectio 28 Art. 2, §§ 46. 50, Sectio 53 Art. 3 § 82, Sectio 68 § 83, Sectio 69 ibid. besagen nichts hierüber.

Von der verklagten Ehefrau Kalke ist endlich in der Revisions-Instanz das streitige Testament auch in materieller Beziehung angegriffen worden. Sie hat ihm jede Gültigkeit abgesprochen, indem eine Erbeseinsetzung, wie sie §§ 3. 4 Tit. 12 Th. I A. L. R. erfordere, darin nicht anzutreffen sei, die Kläger zu Erben gar nicht ernannt worden, dieselben doch aber gerade auf diese Eigenschaft das hier verfolgte Recht gründen, weshalb es auch nicht darauf ankomme, ob ihnen der Erblasser mit dem in Neiße zurückgebliebenen Vermögen ein Legat ausgesetzt habe.

Wären für die rechtlichen Folgen des Testaments, so weit sie durch

Digitized by Google

dessen materielle Festsetzungen bedingt sind, die Vorschriften des preuß. Allgem. Landrechts normativ, weil der Erblasser, obwohl er zur Zeit der letztwilligen Verfügung und bei seinem Tode zu New-York gewohnt, seine Eigenschaft als Preuße noch nicht verloren, weil ferner seine testamentarische Verordnung theilweise hier wirksam werden soll, so ist doch dem vorigen Richter darin beizutreten, daß nach dem Sinn und der Fassung der letztwilligen Erklärung der Erblasser die Absicht gehabt, den Klägern den Inbegriff seiner Verlassenschaft zuzuwenden. Nachdem derselbe unter Nr. 1 bis 6 die Bezahlung seiner Schulden angeordnet, alle seine Rechte aus dem Societätsgeschäft zu New-York und die in einem gewissen Hause daselbst befindlichen Gegenstände seinem Kompagnon und Mitkläger Eckel beschieden, dessen Ehefrau sowie den Kindern des Mitklägers Wienandt und diesem selbst, ingleichen auch dem Mitkläger Silberrad Legate ausgesetzt und angeführt, wie er aus seinem Geburtsort Neiße noch mehrere Mobilien, so wie 2500 Thlr. als den Kaufgelderrest für sein dasiges Grundeigenthum erwarte, daraus auch eine Forderung des Mitklägers Röckel berichtigt werde, bestimmt er unter Nr. 9 weiter:

> „Den Rest und das Uebrige meines persönlichen Vermögens, meines Geldes und Eigenthums, gebe, hinterlasse und vermache ich nach geschehener Zahlung der obigen Posten den besagten vorerwähnten Personen und Freunden, weil ich keine verwandtschaftlichen Beziehungen, noch nächste hier lebende Verwandte habe, nämlich J. B. Eckel, J. S. Röckel, Friedrich Wienand und Lewis Silberrad, zu gleichmäßiger Theilung unter ihnen dergestalt, daß jeder den vierten Theil empfängt,"

und unter Nr. 10:

> „letzlich verordne, bestelle und ernenne ich den besagten Lewis Silberrad zum alleinigen Vollstrecker dieses meines Testaments."

Man kann einräumen, daß, da der Testator sein Grundeigenthum in Neiße als bereits verkauft annahm, derselbe sein übrig gebliebenes Vermögen als bewegliches Eigenthum betrachtet habe, dadurch aber wird es nicht ausgeschlossen, daß er auf die Kläger seine ganze Verlassenschaft zu übertragen, und dies selbst dann, wenn der Verkauf seines Hauses noch nicht bewirkt gewesen wäre, beabsichtigt habe. Es erhellet nicht und ist nicht entgegnet worden, daß der Testator noch sonstige Grundstücke außerhalb Neiße besessen habe. Der Wille des Erblassers, den Klägern insbesondere auch den Erlös seines dasigen Hauses und die ihm von dort noch einzusendenden Mobilien zuzuwenden, ist klar ausgeprägt, und es kann die Gültigkeit seiner Disposition nicht erschüttern, daß der Verkauf seines Hauses erst einige Tage nach seinem Tode ausgeführt worden. Es ist unerfindlich, wie die entgegengesetzte, von der Verklagten geltend gemachte

Digitized by Google

Ansicht durch die dafür angezogenen §§ 408 f. I. 12 A. L. R. unterstützt werden soll, da dieselben einen ganz andern Fall betreffen. Wäre die Wirksamkeit des Testaments in materieller Hinsicht nach den für den Staat Neu-York bestehenden Gesetzen zu beurtheilen, so ist aus den beigebrachten Statuten nicht zu entnehmen, und von der verehelichten Kalke nicht behauptet worden, daß die Erklärung des Erblassers mit Rücksicht auf ihren Sinn und Inhalt ungeeignet sei, den Klägern ein Recht auf den Nachlaß des letztern zu erzeugen. Hiermit widerlegen sich auch die vom Nachlaß-Curator in gleicher Weise, nämlich aus dem vermeintlichen Mangel einer Erbeseinsetzung, gegen die Rechtsbeständigkeit des Testaments erhobenen Einwendungen. Mußte hiernach der von den Klägern in der Konvention gestellte Antrag als unbegründet erachtet werden, so fällt damit auch die Rekonvention der verehelichten Kalke zusammen und es war das Appellations-Erkenntniß in seinem ganzen Bestande zu bestätigen.

Nr. 18.

Ungültigkeit einer, wenngleich durch Uebergabe vollzogenen, mündlichen Schenkung eines Sparkassenbuches.*)

Die Ungültigkeit einer solchen Schenkung ist einem Erkenntnisse des Appellationsgerichts zu Hamm vom 3. Oktober 1861 aus folgenden Gründen ausgesprochen worden:

Der erste Richter hebt richtig hervor, daß die Lehre von den Inhaberpapieren in der landrechtlichen Gesetzgebung keine ausreichende Stelle der Behandlung gefunden hat und aus den dortigen Bestimmungen das eigentliche Wesen des Instituts nicht erkennbar ist. Man muß daher zur Feststellung desselben das Gebiet des gemeinen Rechts betreten, weil besonders in dieser Materie das gemeine Recht und die Anschauungen der gemeinrechtlichen Praktiker und Lehrer die Grundlage des Landrechts bilden und die wenigen landrechtlichen Sätze über das Inhaberpapier den in der Doctrin des deutschen Privatrechts recipirten entsprechen, woraus man auch auf eine Gleichheit des beiden Rechten zum Grunde liegenden Begriffs schließen kann. Das Charakteristische des Inhaberpapieres besteht nun darin, daß jeder Inhaber für den berechtigten G l ä u b i g e r erklärt wird. Nach der Anschauung v. S a v i g n y's (Oblig.-Recht Bd. II § 61) denkt man sich im Gegensatz zum römischen Recht, welches zu

*) Vergl. den im B. II S. 426 f. dieser „Beiträge" mitgetheilten Rechtsfall.

Digitized by Google

jeder Obligation mindestens zwei individuell bestimmte Personen erforderte, eine obligatio cum persona incerta, in Folge deren der jeweilige Inhaber als Forderungsberechtigter gilt. Das Inhaberpapier erhält somit eine über die Tragweite einer gewöhnlichen Schuldurkunde, als eines bloßen prozessualischen Beweismittels, weit hinausgehende Wirksamkeit. „Die Schrift ist der verkörperte Wille des Schuldners," wie von Gerber sich in Anschließung an v. Savigny's Ausdruck § 62 loc. cit. „Verkörperung der Obligation" in seinem System des deutschen Privatrechts § 100 ausdrückt. Diese Bedeutung des Inhaberpapiers läßt sich aber nur durch einen Formalact herstellen, bei welchem, ähnlich wie beim Wechsel, die vom Schuldner gewählte eigenthümliche Wortfassung die materielle causa debendi ersetzt. Der Gebrauch bestimmter Worte besteht aber eben darin, daß eine unbenannte, individuell nicht bestimmte Person Gläubiger sein soll. Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob nur der Staat, oder auch jeder Private zur Emittirung von Inhaberpapieren berechtigt ist, ist für Preußen durch das Gesetz vom 17. Juni 1833 zu Gunsten der ersteren Ansicht entschieden, indem die Befugniß zur Ausstellung von Inhaberpapieren durch landesherrliche Concession besonders erworben werden muß. Dieses Erforderniß läßt jedoch, als ein rein äußerliches, das eigentliche Wesen des Inhaberpapiers unberührt, der Begriff bleibt derselbe, wenn auch die Wirksamkeit des Instituts an die staatliche Genehmigung geknüpft ist. Der erste Richter scheint aber gerade auf die staatliche Sanction ein Hauptgewicht gelegt zu haben, um den Begriff des Inhaberpapiers zu konstruiren, während die staatliche Genehmigung wohl nur aus Zweckmäßigkeitsgründen wegen der hohen Wichtigkeit der lettres au porteur für Handel und Wandel angeordnet ist. Der erste Richter übersieht ferner bei seiner Begriffsbestimmung der Inhaberpapiere, daß die Unbestimmtheit der Person des Gläubigers, nicht die des bloßen Empfängers, trotz des bestimmt genannten Gläubigers, ein Haupt-Kriterium unseres Instituts ist. Schuldurkunden, auf einen bestimmten Gläubiger ausgestellt, mit dem Vorbehalte, jedem Inhaber Zahlung leisten und sich dadurch liberiren zu können, entbehren schon durch die Nennung eines bestimmten Creditor eines wesentlichen Begriffsbestandtheils der lettres au porteur, welcher sogar in deren Bezeichnung klar ausgesprochen ist. Der Inhaber ist bei derartigen Schuldverschreibungen nicht berechtigter Gläubiger, er gilt nur als Mandatar dieses und wird dem debitor gegenüber nur zur Empfangnahme legitimirt. Treffend werden daher solche Documente „Legitimationspapiere" genannt. cfr. Kuntze, Lehre von den Inhaberpapieren § 94. — Diese besitzen, als gewöhnliche

Digitized by Google

Schuldurkunden, nicht die das Inhaberpapier auszeichnenden Eigenthümlichkeiten, unter denen die Eigenthumsübertragung durch bloße Tradition sowohl nach gemeinem, als auch nach preußischem Recht eine der wichtigsten ist. cfr. v. Savigny loc. cit. § 67 u. Note a daselbst. Koch's A. L. R. Anmerkung 13 zu § 12 I. 2. dort. Entsch. des Ober-Trib. Bd. XVII S. 156.

Ist nun schon nach allgemeinen Grundsätzen im Zweifelsfalle die von der gewöhnlichen Bedeutung der Urkunden am wenigsten abweichende anzunehmen und spricht also die Präsumtion eher für ein bloßes Legitimations- — als für ein Inhaberpapier, so kann bei spezieller Betrachtung der Sparkassenbücher gar kein Zweifel darüber walten, daß dieselben nach Inhalt des Sparkassenreglements vom 12. December 1838 nicht zu den lettres au porteur gehören. Daß aber das hier fragliche Sparkassenbuch den Bestimmungen des erwähnten Reglements gemäß eingerichtet und auf den Namen des Erblassers der Parteien ausgefertigt ist, hierüber herrscht kein Streit. Deshalb erscheint auch die Edition des Sparkassenbuchs überflüssig. Es bestimmt nun das Gesetz vom 12. December 1838 sub Nr. 14, daß in die unter fortlaufenden Nummern auszustellenden Sparkassenbücher der Name des Einlegers (als des ursprünglichen Gläubigers) eingetragen werden soll. Die Commüne soll jedoch berechtigt sein, in die betreffenden Statuten die Bestimmung aufzunehmen:

> daß jedem Inhaber des Sparkassenbuchs der Betrag ohne weitere Legitimation werde ausgezahlt werden, uud die Commüne nach Einlösung desselben dem Einzahler oder dessen Erben keine weitere Gewähr leiste, dafern nicht vor der Auszahlung ein Protest dagegen eingelegt sei.

Der Grund, welcher hierfür angegeben wird, führt in Verbindung mit dem an sich entscheidenden Umstande, daß ein bestimmter Gläubiger der Casse in dem Documente angegeben wird, den schlagenden Beweis, daß nur eine Erleichterung der Legitimation erzielt werden soll. Denn es wird ausdrücklich in Nr. 14 loco cit. auf die Weitläufigkeit und Kostspieligkeit einer strengen Legitimationsprüfung, die hieraus für die Commüne erwachsende Verwickelung und Vertretungsverbindlichkeit hingewiesen. Endlich spricht auch Nr. 22 des Reglements unzweideutig für die Qualität der Sparkassenbücher als bloßer Beweisurkunden über eine Darlehnsforderung des Einlegers in die Sparkasse. Dort heißt es:

> Diejenigen Sparkassenbücher, welche gegenwärtig auf den Inhaber ausgestellt sind, behalten fortwährend ihre Gültigkeit. Neue Sparkassenbücher sind dagegen nach Ablauf der gedachten Frist

Digitized by Google

(6 Monate) lediglich in der unter Nr. 13 vorgeschriebenen Form auszustellen.

Hieraus erhellt, daß die der Anordnung des Gesetzes gemäß ausgestellten Sparkassenbücher keine lettres au porteur sein sollen, indem solche Sparkassenbücher den etwa vorher in der Eigenschaft von Porteurobligationen ausgestellten ausdrücklich entgegengesetzt werden.

Nach dem gewonnenen Resultate kann es weiter nicht fraglich sein, daß die vom Provokaten behauptete Schenkung ungültig ist. Dieselbe ist durch Tradition vollzogen. Tradition überträgt aber nur Eigenthum an körperlichen Sachen und den ihnen in dieser Beziehung gleichstehenden lettres au porteur. Bei Forderungsrechten, zu denen das Sparkassencapital gehört, ist der Modus der Cession erforderlich cfr. Gruchot Beiträge Bd. II S. 426. Ob die Cession im vorliegenden Falle sogar gerichtlich sein mußte — §§ 1037, 1038. 1063 I. 11 A. L. R. oder ob bloße schriftliche Form § 394 loc. cit. — nach Analogie des § 1065 eodem genügte, kann hier füglich ganz unbeantwortet bleiben. Denn die zum Mindesten erforderliche schriftliche Cession fehlt hier. Die bloße Aushändigung des Sparkassenbuchs kann dieselbe nicht überflüssig machen. Die Uebergabe des Instruments an den Cessionar gehört zwar wesentlich zur vollständigen Uebertragung des Forderungsrechts, enthält jedoch nur einen unbedeutenderen Bestandtheil der für Rechte vorgeschriebenen Uebertragungsweise. Das Wesentliche, die quasi traditio, besteht in der schriftlichen Cession. Daß in unserem Falle, worauf der erste Richter großes Gewicht legt — der Besitz des Sparkassenbuchs den Inhaber zur Erhebung der in ihm verschriebenen Summe thatsächlich befähigt, ist ein zufälliger, ganz außerwesentlicher Umstand, welcher darüber, ob der betreffende Uebertragungsact juristisch wirksam sei oder nicht, unmöglich entscheiden kann. Tradition ist der Uebertragungsmodus für Corporalien, welche ihrer Natur nach auch allein eine äußerlich wahrnehmbare, sinnliche Uebertragungshandlung zulassen. Anders ist es bei den Rechten, die keine körperliche Greifbarkeit haben und zu deren Uebertragung die Vermittelung eines juristischen Acts, der Cession, nothwendig ist. Da nun beide Uebertragungsformen, Tradition und Cession, ihren bestimmten durch die Natur der Sachen und Rechte bedingten Kreis haben, so müssen sie sich gegenseitig ausschließen und können daher nicht beliebig außerhalb ihrer Sphäre angewendet werden. cfr. Entsch. des Ober-Trib. Bd. XVIII S. 156.

L. 557.

Nr. 19.

Muß der Cessionar sich die Compensation einer, der Ehefrau des debitor cessus an den Cedenten zustehenden Forderung auf die ihm cedirte Forderung gefallen lassen, wenngleich die Genehmigung der Frau des Schuldners erst nach bekannt gemachter Cession ertheilt ist?

Unser höchster Gerichtshof hat diese Frage in folgendem, in seinen „Entscheidungen" B. 43 S. 165 ff. mitgetheilten Rechtsfalle bejaht:

Dem Kläger, Holzhändler R., welcher eine ihm von dem Particulier N. am 1. April 1857 cedirte Forderung gegen den Verklagten Ro. einklagt, setzt Letzterer den Einwand der Compensation entgegen, indem er sich befugt hält, eine seiner Ehefrau an den Cedenten zustehende Forderung von 183 Thlrn. 12 Sgr. 5 Pf. auf die eingeklagte Forderung zu compensiren, weil seine Ehefrau sich in der gerichtlichen Verhandlung vom 3. Februar 1858 mit dieser Compensation einverstanden erklärt hat. Der Kläger erachtet diese Compensation aber für unzulässig, weil die Einwilligung der Ehefrau erst nach erfolgter Bekanntmachung der Cession geschehen ist. Das Kreisgericht zu Rathenow hat die Compensation für unzulässig, das Königl. Kammergericht dagegen durch sein Urtel vom 13. September 1859 dieselbe für statthaft erachtet, und deshalb den Kläger mit seiner Klage abgewiesen.

Die gegen das zweite Erkenntniß vom Kläger erhobene und auf Verletzung der Vorschriften der §§ 313 und 339 Tit. 16 Th. I und § 233 Tit. 1 Thl. II des A. L. R. gestützte Nichtigkeits-Beschwerde ist durch das Erkenntniß des vierten Senats des Ober-Tribunals vom 10. Juli 1860 zurückgewiesen und zwar aus folgenden

Gründen:

Von der allgemeinen Regel des § 302 Tit. 16 Thl. I des A. L. R., nach welcher der Schuldner nur eigene Forderungen zu compensiren berechtigt ist, macht das Gesetz hinsichtlich der Eheleute eine Ausnahme, indem der Ehemann nach §§ 338. 339 ibid. nicht allein solche Forderungen seiner Frau, welche nur die während der Ehe fälligen Nutzungen und Einkünfte ihres eingebrachten Vermögens betreffen, allemal, sondern auch andere Forderungen derselben, letztere aber nur dann, wenn er die Einwilligung der Frau in gesetzmäßiger Form herbeischafft, auf seine eigene Schulden abzurechnen befugt ist. Die Frau hat hier ihre Ei-

willigung in der gesetzlichen Form ertheilt, und der Ehemann diese Einwilligung herbeigeschafft, so daß der Verklagte zweifellos zur Compensation berechtigt sein würde, wenn er von seinem ursprünglichen Schuldner in Anspruch genommen würde. Der § 313 Tit. 16 a. a. O. bestimmt nun zwar, daß der Schuldner gegen eine cedirte Forderung nur dasjenige, was er an den Cedenten vor bekannt gemachter Cession zu fordern gehabt hat, compensiren kann, allein diese Vorschrift bezieht sich nur auf solche Forderungen, die er aus eigenem Rechte dem eingeklagten Anspruche entgegenstellen will. Von einer solchen ist hier nicht die Rede; die Forderung der Frau wird durch ihre Einwilligung nicht Forderung des Mannes und soll es auch nicht werden, diese Einwilligung beseitigt nur den Widerspruch, welcher der Frau gegen die Verwendung ihres Vermögens zur Bezahlung von Schulden ihres Mannes zustand und giebt ihm die Befugniß, die Einrede der Compensation zur Geltung zu bringen.

Daß die Forderung der Frau vor bekannt gemachter Cession vorhanden gewesen sein muß, ist allerdings nöthig, keinesweges aber auch, daß auch die Einwilligung der Frau zur Compensation zu jener Zeit bereits ertheilt ist. Denn der § 339 cit. bestimmt dies nicht, verlangt vielmehr nur, daß der Mann die Genehmigung herbeischaffe, wobei offenbar das eheliche Verhältniß in Erwägung gezogen ist, so daß angenommen werden muß, daß die nachträglich ertheilte Genehmigung ihre Wirkung bis zu der Zeit, wo der Moment der Compensation eingetreten ist, zurück erstreckt.

Diese Entscheidung gibt zu Bedenken Veranlassung, die hier ihre Stelle finden mögen.

Das Allgemeine Landrecht geht bei der Frage: „Was für Forderungen compensirt werden können" von dem in § 302 d. T. an die Spitze gestellten Grundsatze aus:

> „Nur auf das, was Jemand für sich selbst zu fordern hat, kann das, was er dem Andern schuldig ist, abgerechnet werden."

Es ist dies derselbe Satz, den l. 9 C. de comp. (4, 31) in negativer Fassung dahin ausspricht:

> Ejus, quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest.
>
> Vergl. Papin. l. 18 § 1 D. eod. (16, 2): Creditor compensare non creditur, quod alii, quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare.
>
> Mevii Decis. VII. 262: Compensatio est debiti atque crediti mutua contributio. At proprii saltem, non alieni. Petenti suum creditum non potest illa opponi ex credito cum alio, quam debitore suo, contracto.

Digitized by Google

Voet com. ad P. XVI. 2 Nr. 7: Porro debitor judicio conventus regulariter id solum compensat, quod sibi vicissim ab actore est debitum, non item quod actor tertio debet, etiamsi tertius ille in compensationem talem consentiat, nisi insuper reo convento suam cessisset actionem ...

Dieser Rechtssatz ist so sehr in der Natur der Verhältnisse begründet,[1]) daß sich nicht füglich von einer Ausnahme desselben sprechen läßt. Eine solche will jedoch das Ober-Tribunal in den Vorschriften der §§ 338, 339 d. T. finden, welche lauten:

§ 338. „Ebenso kann der Ehemann solche Forderungen der Frau, welche bloß die während der Ehe fälligen Nutzungen und Einkünfte ihres eingebrachten Vermögens betreffen, auf seine eigenen Schulden allemal compensiren."

§ 339. „Dagegen kann er andere Forderungen der Ehefrau auf seine eigenen Schulden nur insofern abrechnen, als er die Einwilligung der Frau dazu in gesetzmäßiger Form herbeischafft."

Daß die erstere Vorschrift sich nicht als eine Ausnahme von dem hier in Rede stehenden Prinzipe auffassen läßt, liegt auf der Hand. Denn „die während der Ehe fälligen Nutzungen und Einkünfte des eingebrachten Vermögens" gebühren dem Manne selbst vermöge seines gesetzlichen Nießbrauchsrechtes, der Anspruch darauf bildet daher eine eigene Forderung des Mannes.[2]) Aber auch in der Bestimmung des § 339 läßt sich eine Singularität, eine Abweichung von der allgemeinen Rechtsregel, nicht erkennen. Der darin gedachten „Einwilligung der Frau" ist in der That keine andere Bedeutung beizulegen, als die der Cession, nämlich der Erklärung, daß der Mann das Forderungsrecht der Frau für sich selbst auszuüben befugt sein soll, und zwar in der Art, daß er die Forderung an Zahlungsstatt seinem Gläubiger auf die eingeklagte Schuldpost anrechnet. Durch eine solche Erklärung entäußert sich daher die Frau ihres Forderungsrechts und legt dasselbe in die Hand ihres Mannes. Es tritt somit in Folge der gedachten „Einwilligung" dasselbe Verhältniß ein, welches nach gemeinem Recht schon vermöge des Gesetzes in Ansehung der dem Manne als Dos zugewiesenen Forderungen besteht.[3])

---

1) Sintenis, prakt. gem. Civilrecht II S. 413: Die Regel .. ex persona tertii compensatio fieri nequit .. folgt aus der Natur der Verhältnisse von selbst, da es zwischen der klagbar gemachten und Obligationen mit Dritten an aller und jeder Beziehung fehlt ...

2) Vergl. die Abhandl. in Bd. IV, S. 31 f. dieser „Beiträge."

3) Mit Recht wird daher in der in der vorhergehenden Note angeführten Abhandlung (S. 32, 33) gesagt: „Der Mann erhält durch die Einwilligung in die Kompensation die freie Verfügung, welche ihm die Rechte eines Cessionars verschafft, er ist daher als Cessionar zur Kompensation berechtigt. Darum weicht auch das Gesetz, indem es die Kompensation mit Einwilligung der Frau für

Digitized by Google

l. 2 C. de O. et A. (4, 10): Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit, nec litiscontestatio secuta sit, utilem tamen marito actionem ad similitudinem ejus, qui nomen emerit, dari oportere, saepe rescriptum est.

Ist aber der angedeutete Gesichtspunkt der richtige, so folgt für einen Fall der vorliegenden Art von selbst die Anwendbarkeit des § 313 d. T.:

„Gegen eine cedirte Forderung kann der Schuldner nur das, was er an den ersten Inhaber vor bekannt gemachter Cession zu fordern hatte, ingleichen seine Forderungen an den dermaligen Inhaber abrechnen."

Denn diese Vorschrift läßt sich alsdann nicht mit der Bemerkung beseitigen:

dieselbe beziehe sich nur auf solche Forderungen, die der Schuldner aus eigenem Rechte dem eingeklagten Anspruche entgegenstellen wolle.

Sie kann sich eben nur auf die von dem Schuldner aus eigenem Rechte, d. h. für sich selbst, geltend zu machenden Gegenforderungen beziehen. Dazu gehört aber nach der obigen Darstellung eine Forderung, welche seine Frau durch ihre Einwilligung in die Compensation für ihn zu einer anrechnungsfähigen gemacht hat. Erst diese Einwilligung schafft dem Ehemanne die rechtliche Möglichkeit der Compensation. Sie ist daher ein Rechtsakt, der erst mit seiner Vollziehung auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Schuldner und dem Cedenten wirksame Kraft äußern kann und eben deshalb, wenn er sich erst nach bekannt gemachter Cession ereignet, das Forderungsrecht des Cessionars ganz unberührt läßt. Für die Annahme:

„daß die nachträglich ertheilte Genehmigung ihre Wirkung bis zu der Zeit, wo der Moment der Compensation eingetreten ist, zurückerstreckt"

fehlt es an jedem Rechtsgrunde. Mit dem Augenblicke, wo dem Schuldner die Cession gehörig bekannt gemacht worden ist, ist derselbe außer aller Beziehung zu dem Cedenten, seinem bisherigen Gläubiger, getreten. Das Forderungsrecht ist auf den Cessionar als ein ganz selbständiges Recht übergegangen.*) Damit ist aber dem Schuldner die rechtliche Möglichkeit entzogen, von einem Compensationseinwande Gebrauch zu machen, der ihm an jenem Zeitpunkte gegen den Cedenten offenbar noch gar nicht zustand, sondern der sich erst auf einen späteren, immer nur gegen den Cedenten wirksamen Rechtsvorgang, nämlich auf die vermittelnde Thätigkeit seiner Ehefrau, stützt.

---

statthaft erklärt, nicht von dem Grundsatze ab, daß mit Forderungen eines Dritten auch mit dessen Einwilligung nicht kompensirt werden kann, denn die Kompensation ist statthaft, wenn die Forderung des Dritten cedirt wurde."

*) Vergl. Abhandlung Nr. 6 (oben S. 151 ff.).

Digitized by Google

Nr. 20.

Ist ein Pächter oder Miether, der sich mit dem Verpächter oder Vermiether mündlich über die Aufhebung des schriftlichen, durch Uebergabe vollzogenen Vertrages geeinigt hat, wenn hierauf das verpachtete oder vermiethete Grundstück zu einer Zeit, wo der Pacht- oder Miethbesitz noch fortdauerte, verkauft worden, und er demnächst diesen Besitz freiwillig zu Gunsten des Käufers geräumt hat, dessen ungeachtet vom Käufer Wiedereinräumung des Besitzes und Erfüllung des Vertrages zu fordern berechtigt?

In dem in den Entscheidungen des Königl. Ober-Tribunals B. 39 S. 156 f. mitgetheilten Rechtsfalle hat unser höchster Gerichtshof die vorstehende Frage, abweichend von der Ansicht des Appellationsgerichts zu Magdeburg, durch das Erkenntniß vom 8. November 1858 bejaht.

Die Gründe lauten:

„Durch die mündliche Erklärung des Klägers (des Pächters) und des H. (des Verpächters) über die Aufhebung des Pachtvertrages, in Verbindung mit der Cassation der Urkunde, war die Aufhebung des durch Uebergabe bereits erfüllten Vertrages in rechtsgültiger Art nicht erfolgt, es hätte hierzu vielmehr nach Vorschrift des § 388. Tit. 5. Thl. I. A. L. R. schriftlicher Willenserklärungen der Contrahenten bedurft. Der Pachtvertrag bestand hiernach zu der Zeit, als Verklagte das Grundstück durch Ankauf von dem H. erworben, noch mit voller rechtlicher Wirksamkeit, auch war das dingliche Recht, welches Kläger durch die Uebergabe erworben hatte, noch in vollständiger Geltung, da derselbe sich fortwährend im Besitze des Pachtstücks befand.

Die Verklagten können sich auch darauf nicht berufen, daß ihnen das Pachtverhältniß unbekannt gewesen, oder daß sie dasselbe, als sie das Grundstück verkauften, für aufgehoben hätten halten müssen; es war vielmehr ihre Sache, sich über das zwischen ihrem Verkäufer und dessen noch im Besitze befindlichem Pächter bestehende Verhältniß, insbesondere darüber, ob der Pachtvertrag in der That rechtsgültig aufgehoben war, sorgfältig zu informiren und es war ihre Schuld, wenn sie dies unterließen. Es kommt demnach hier die Vorschrift des § 358 Tit. 21 Thl. I. des A. L. R. zur Anwendung, der zufolge, wenn der Pachtvertrag durch Uebergabe vollzogen ist, durch einen freiwilligen Verkauf der verpachteten Sache in den Rechten und Pflichten des Pächters nichts geändert wird. Nach diesem Paragraphen tritt überhaupt, wie im Erkenntnisse vom

Digitized by Google

3. Juni 1853 (Entscheidungen Bd. 25 S. 427) näher ausgeführt ist, in dem hier vorausgesetzten Falle der Käufer in Bezug auf das Pachtverhältniß in alle Rechte und Pflichten des Verkäufers, welcher das Grundstück verpachtet hatte. Die Verklagten müssen hiernach den Pachtvertrag ebenso erfüllen, wie ihr Auctor H. dazu verbunden war; ebenso wenig wie dieser von dem, ungeachtet der unförmlich erklärten Aufhebung desselben noch zu Recht bestehenden Vertrage abzugehen berechtigt gewesen wäre, steht diese Befugniß den Verklagten zu. Auch dadurch, daß Kläger, nachdem der Verkauf an die Verklagten geschehen, den Pachtbesitz aufgab, wurde in dem bis dahin bestandenen Rechtsverhältnisse nichts geändert. Denn der Pachtvertrag blieb, da er nicht auf rechtsgültige Art aufgehoben war, fortwährend in Wirksamkeit, und verlor diese dadurch nicht, daß Kläger den Verklagten bloß den Besitz des Pachtstücks einräumte."

Es wird sich darüber streiten lassen, ob hierin eine zureichende Widerlegung der Ansicht des Appellationsrichters zu finden ist, welcher durch die Beweisaufnahme als festgestellt annahm:

> daß der Kläger seinen Pachtbesitz zu Gunsten der Verklagten freiwillig aufgegeben habe,

und ausführte:

> daß hierdurch dessen dingliches Recht aus dem Pachtvertrage und der an ihn geschehenen Uebergabe aufgehört habe, und er demnach dasselbe nicht ferner gegen die Verklagten als Käufer geltend machen könne.

Diese Ansicht erscheint auch in der That gewichtig genug, um eine nähere Beleuchtung zu verdienen.

Wir denken uns den Fall, wie er sich durch das Beweisergebniß herausgestellt hat, in folgender Art:

H. hat sein dem Kläger schriftlich verpachtetes und noch in dessen Pachtbesitz befindliches Grundstück den Verklagten verkauft und denselben die sofortige Uebergabe zur eigenen Benutzung versprochen. Diese Uebergabe leistet er dadurch, daß er durch ein mündliches Abkommen den Kläger bereitwillig macht, sein Pachtrecht aufzugeben und das Grundstück den Verklagten zu räumen. Ist dies die wahre Sachlage, so treten der Anwendbarkeit der an sich vollkommen richtigen Grundsätze des Revisionsrichters erhebliche Bedenken entgegen. Denn es handelt sich hier nicht um die Frage:

> ob vermöge des Formmangels des von dem Kläger mit seinem Verpächter abgeschlossenen Pachtaufhebungsvertrages das zwischen

Digitized by Google

Beiden bestehende Pachtverhältniß in rechtlicher Wirksamkeit geblieben ist,

sondern der juristische Schwerpunkt beruht einzig und allein darin:

ob der Kläger durch die freiwillige Räumung des Pachtgrundstückes den Verklagten als den Käufern gegenüber seines an den Besitz geknüpften Rechts verlustig gegangen sei.

Und gerade dieser Punkt ist es, dessen gehörige Würdigung die mitgetheilten Entscheidungsgründe des Ober-Tribunals vermissen lassen.

Der Pachtbesitz allein gab dem Kläger das Recht, die Fortsetzung des Pachtverhältnisses Seitens der Verklagten zu verlangen. Denn es bestimmt das Allgemeine Land-Recht Th. I Tit. 21:

§ 2. „Soweit der Berechtigte sich im wirklichen Besitze der zu gebrauchenden oder zu nutzenden Sache befindet, hat seine Befugniß die Eigenschaft eines dinglichen Rechts."

§ 3. „Die Verpflichtung, ihm die Ausübung des dinglichen Rechts zu gestatten, geht also auf den neuen Eigenthümer der belasteten Sache, welcher sein Recht von dem Besteller des Gebrauchs- oder Nutzungsrechts herleitet, mit über.*)

und in besonderer Anwendung auf das Miethś- und Pachtverhältniß:

§ 358. „Durch einen freiwilligen Verkauf wird in den Rechten und Pflichten des Miethers oder Pächters nichts geändert."

Hatte der Kläger sich freiwillig seines Pachtbesitzes begeben, so war diese von ihm selbst vorgenommene Handlung, die hier als eine reine Thatsache und keineswegs als ein in formeller oder materieller Hinsicht der Prüfung unterliegender Rechtsakt in Betracht kam, für sich allein vollkommen zureichend, ihn den Käufern gegenüber aus jeder rechtlichen Beziehung zu bringen; denn es war damit das Band zerrissen, welches allein zwischen ihm und den Verklagten eine obligatorische Verbindung herbeizuführen und zu erhalten im Stande war. Sein Pachtverhältniß hatte dadurch seine dingliche Natur verloren und konnte daher immer nur unter den Contrahenten selbst seine noch fortdauernde Wirksamkeit äußern. Die Sache lag hiernach ganz ebenso, wie es der Fall gewesen wäre, wenn der Kläger bereits vor dem Verkaufe des Pachtgrundstückes dasselbe in Folge des mit dem Verpächter getroffenen mündlichen Abkommens dem Verpächter wieder eingeräumt und nunmehr Letzterer es den Verklagten verkauft und übergeben hätte. Ist in dem vorausgesetzten Falle zuzugeben, daß der Pächter sein in formgültiger Weise

*) Vergl. Löher, das System des Preuß. Landrechts S. 121—123. Dr. Förster, Klage und Einrede nach preuß. Recht § 7 S. 18 f. Dr. Prinz, der Einfluß der Hypothekenbuchsverfassung auf das Sachenrecht S. 163—165.

Digitized by Google

nicht aufgehobenes Pachtrecht gegen den dritten Besitzer der Sache nicht geltend machen darf, so muß das Gleiche auch hier gelten, da ja der ganze Unterschied nur darin besteht, daß der Kläger das Pachtgrundstück statt dem Verpächter selbst, auf dessen Veranlassung unmittelbar den Käufern geräumt, also Namens seines Verpächters die diesem als Verkäufer obliegende Uebergabe geleistet hatte. Es fehlte daher für die Verklagten an jeder Veranlassung, „sich über das zwischen ihrem Verkäufer und dessen noch im Besitze befindlichen Pächter bestehende Verhältniß, insbesondere darüber, ob der Pachtvertrag in der That rechtsgültig aufgehoben war, sorgfältig zu informiren."

Nr. 21.

Ist der Besitznachfolger an eine von seinem Vorbesitzer mittelst mündlich abgeschlossenen und nicht angefochtenen Vertrages übernommene, durch äußere Anlagen erkennbare, Grundgerechtigkeit gebunden?

Das Ober-Tribunal hat diese Frage in einem in seinen „Entscheidungen" Bd. 40 S. 22 f. mitgetheilten Rechtsfalle, abweichend von der Ansicht der Richter erster und zweiter Instanz, durch das Erkenntniß vom 2. December 1858, bejaht. — Die Gründe, die zugleich das Sachverhältniß hinreichend erkennen lassen, lauten:

„Der Vorbesitzer des Klägers R. hatte mittelst mündlichen Vertrages dem Vorbesitzer des Verklagten das Anbringen der Dachrinne gestattet, von diesem war jedoch dagegen die Verpflichtung eingegangen, eine gemeinschaftliche Mauer auf seine Kosten zu errichten. Dieser Vertrag ist von beiden Theilen erfüllt worden. R. war allerdings nach den Gesetzen befugt, da die Einräumung der Grundgerechtigkeit zufolge § 135 Tit. 5 Thl. I. des A. L. R. in schriftlicher Form hätte geschehen müssen, den Vertrag aufzurufen und die Wegschaffung der Rinne zu fordern, jedoch nur gegen Erstattung des von dem v. St. für die Einräumung der Berechtigung Erhaltenen, nämlich des ihm zur Last fallenden Antheils an den Kosten, die der v. St. für die vertragsmäßig errichtete Mauer verausgabt hatte. Von diesem persönlichen Rechte hat aber R. keinen Gebrauch gemacht. Er hat vielmehr das Grundstück, belastet mit der von ihm bestellten Servitut an den jetzigen Kläger verkauft, ohne ihm zugleich jenes persönliche Recht abzutreten, durch dessen Ausübung gegen Erfüllung der damit verbundenen Verpflichtung allein die Grundgerechtigkeit wieder beseitigt werden konnte. Durch den Verkauf

Digitized by Google

des Hauses ist auf den Kläger nur das Eigenthum übergegangen, beschränkt durch die von seinem Vorbesitzer constituirte Servitut, deren Dasein auch aus der vorhandenen Anlage von ihm erkannt werden konnte. Als Eigenthümer ist er allerdings zur negatorischen Klage befugt, es steht ihm aber entgegen, daß, wenngleich die Grundgerechtigkeit nur mittelst mündlichen Vertrages constituirt worden, dieselbe doch nur durch Ausübung des Klagerechts auf Rescission des Vertrages in der oben angegebenen Weise beseitigt werden konnte und daher, da das gedachte Klagerecht von einem der Befugten nicht ausgeübt worden, für rechtlich bestehend zu erachten.

Der Appellations-Richter hat mithin, wenn er auf den Mangel der schriftlichen Einräumung der Grundgerechtigkeit, auf den § 135 Tit. 5. Thl. I. des A. L. R., seine Entscheidung stützt, dieses Gesetz durch unrichtige Anwendung verletzt." [1])

Dieser Rechtsfall bietet, seiner Einfachheit ungeachtet, ein solches juristisches Interesse dar, daß es wohl einer näheren Prüfung werth ist:

> ob der Gesichtspunkt, von dem aus die Vorderrichter zu der entgegengesetzten Entscheidung gelangt waren, in der That eine unrichtige Anwendung des § 135 Tit. 5 Th. I des Allg. Land-Rechts [2]) enthielt.

Der Appellationsrichter sah als thatsächlich festgestellt an:

> daß zwischen den Besitzvorgängern der Parteien allerdings ein mündlicher Vertrag abgeschlossen worden, wonach der Vorbesitzer des Verklagten, v. St., eine gemeinschaftliche Mauer auf seine Kosten aufgeführt, R., der Vorbesitzer des Klägers, dagegen die Anlage der Rinne auf der Mauer seines Hauses und zwar nicht aus Gefälligkeit oder zeitweise, sondern in der Absicht bewilligt habe, dem v. St. eine Grundgerechtigkeit einzuräumen,

und führte in den Entscheidungsgründen aus:

> daß, wenn die Klage nur auf die Widerruflichkeit dieses mündlichen Vertrages gegründet worden, allerdings die Abweisung des Klägers gerechtfertigt sein würde, weil dann sowohl die Activ-

---

1) Der Appellationsrichter, der Civil-Senat des Ostpreußischen Tribunals, hatte durch das Urtheil vom 26. Juni 1858 das den Verklagten dem Klageantrage gemäß zur Wegschaffung seiner auf die Hausmauer des Klägers gelegten Dachrinne verurtheilende Erkenntniß des Kreisgerichts zu Osterode vom 19. September 1857 bestätigt.

2) „Verträge und Erklärungen über Grundgerechtigkeiten, ingleichen über beständige persönliche Lasten und Pflichten, erfordern allemal eine schriftliche Abfassung."


Digitized by Google

als Passiv-Legitimation fehle, daß indessen dem Kläger die Vermuthung für die Freiheit seines Eigenthums zur Seite stehe, dem Verklagten dagegen der Beweis obgelegen habe, daß die von ihm behauptete Einschränkung des klägerischen Eigenthums durch seine Grundgerechtigkeit rechtsgültig erfolgt sei.

Dieser Beweis sei dem Verklagten nicht gelungen, weil eine mündliche Willenserklärung gemäß § 13. Thl. I. Tit. 22. und § 135 Th. I. Tit. 5. des A. L. R. zur gültigen Errichtung einer Grundgerechtigkeit nicht genüge. Ob der Vertrag von der anderen Seite erfüllt worden, sei gleichgültig, weil dieser Umstand nur die Contrahenten angehe, daher könne auch der Anspruch des Verklagten auf Vergütigung für Errichtung der gemeinschaftlichen Mauer einer Seits nur gegen R., anderer Seits ohne Cession nur von v. St. geltend gemacht werden.

Wir halten diesen Standpunkt, der zu einer Anwendung des angeführten § 135 führen mußte, für den richtigen.

Die Parteien standen in Beziehung auf einander außer allem obligatorischen Verhältnisse. Der die fragliche Grundgerechtigkeit für eine Gegenleistung constituirende Vertrag war weder zwischen ihnen selbst abgeschlossen worden, noch waren die dadurch begründeten persönlichen Rechte und Verbindlichkeiten auf sie als Rechtsnachfolger übergegangen. Es waltete kein anderes Rechtsverhältniß unter ihnen ob, als dasjenige, welches zwischen zwei Eigenthümern besteht, von denen der eine an der Sache des andern eine Grundgerechtigkeit vertragsweise erworben zu haben behauptet. In einem solchen Falle kann es sich daher gar nicht darum handeln:

welches Rechtsverhältniß der durch beiderseitige Erfüllung zur Ausführung gelangte Servitutenbestellungs-Vertrag unter den Contrahenten geschaffen hat, namentlich unter welchen Beschränkungen der Constituent wegen der formellen Ungültigkeit des Vertrages dem Andern das bereits eingeräumte Recht wieder zu entziehen befugt ist,

sondern es liegt einfach die Frage zur Entscheidung vor:

ob die der Negatorienklage gegenüber von dem Verklagten einwandsweise geltend gemachte Grundgerechtigkeit seinem Vorbesitzer „durch rechtsgültige Willenserklärung“ eingeräumt worden ist.*)

---

*) § 13 Tit. 22 Th. I des Allg. Land-Rechts: „Grundgerechtigkeiten können durch rechtsgültige Willenserklärungen eingeräumt ... werden.“

Digitized by Google

Ist diese Frage zu verneinen (und die ebenso klare als bestimmte Vorschrift des § 135 a. a. O. läßt darüber keinen Zweifel übrig), so ist auch die Entscheidung gegeben. Der Kläger braucht nur eine solche Last als auf seinem Hause ruhend und vermöge der Singularsuccession auf ihn übergegangen anzuerkennen, in Ansehung deren ihm der Nachweis geführt wird, daß dieselbe in rechtsgültiger Weise von seinen Vorbesitzern dem Hause auferlegt worden ist. Der Constituirungsvertrag seines Besitzvorgängers berührt ihn immer nur insoweit, als dadurch ein dingliches Recht wirklich geschaffen ist. Nur dieses dingliche Rechtsverhältniß ist es, worin er als Singularnachfolger eingetreten. Nach dieser Auffassung läßt sich auch gar nicht davon sprechen, daß der Kläger, indem er den zwischen den Vorbesitzern der Parteien abgeschlossenen Vertrag wegen Mangels der schriftlichen Form für ungültig erklärt, ein nur seinem Verkäufer zustehendes, und auch von diesem nur gegen Erstattung der Gegenleistung auszuübendes persönliches Widerrufsrecht geltend mache, welches ihm nicht abgetreten worden sei. Er hat durch jenen Vertrag für seine Person weder Rechte noch Pflichten überkommen; er hat nur eine Sache erworben, die durch einen Vertrag servitutpflichtig geworden sein soll und befindet sich daher in seinem vollen Rechte, wenn er unter Hinweisung auf die formelle Ungültigkeit der Servitutenbestellung die Freiheit seines Eigenthums geltend macht. Eine exceptio doli läßt sich ihm in dieser Hinsicht durchaus nicht entgegensetzen. Eine solche ist begründet, wenn ein Contrahent von einem wider die Vorschrift der Gesetze nur mündlich abgeschlossenen Vertrage sich lossagt, ohne die bereits empfangene Gegenleistung zu erstatten. Hier liegt ein Vertragsbruch — eine Verläugnung der in der bona fides beruhenden Verpflichtung vor — wie sie allemal die Voraussetzung der exceptio doli bildet. Aber worin soll in unserem Falle das dolose Verhalten des Klägers zu finden sein? Er selbst hat ja das Abkommen über die Einräumung der fraglichen Grundgerechtigkeit nicht abgeschlossen, noch ist die festgesetzte Gegenleistung an ihn selbst geschehen. Ja auch für den Verklagten ist jenes Abkommen eine res inter alios gesta, da er dabei in keiner Weise mitgewirkt hat, sondern sich das durch die alleinige Thätigkeit und die Vermögensaufwendungen seines Besitzvorgängers erworbene Recht als ein mit dem erkauften Hause auf ihn übergegangenes aneignen will.

Allerdings hat das Ober-Tribunal in den oben mitgetheilten Gründen nicht die exceptio doli als der Klage entgegenstehend bezeichnet. Es hat nur dem Kläger die Befugniß abgesprochen, die nur mittelst mündlichen Vertrages bestellte Grundgerechtigkeit durch Ausübung des

Digitized by Google

ihm nicht abgetretenen persönlichen Klagerechts auf Rescission des Vertrages zu beseitigen. Allein es ist bereits oben nachgewiesen, daß es sich hier um ein solches Klagerecht gar nicht handelt. Der Klage kann nicht der unter den Besitzvorgängern der Parteien abgeschlossene Vertrag, sondern nur die auf Grund dieses Vertrages erworbene Servitut entgegengesetzt werden. Der Kläger hat es daher nicht mit der Rescission dieses Vertrages, sondern nur mit der Bekämpfung des daraus hergeleiteten dinglichen Rechts zu thun. Dazu braucht er keine andere Waffe als die gesetzlich zu vermuthende Freiheit seines Eigenthums. Ihr gegenüber hat der Verklagte den rechtsgültigen Erwerb der behaupteten Grundgerechtigkeit nachzuweisen. Und dieser Nachweis muß nothwendig an der Formvorschrift des angeführten § 135 scheitern. Der besprochene Rechtsfall dürfte daher nur einen Beleg dafür abgeben, daß die gedachte, unseres Erachtens von den Richtern erster und zweiter Instanz richtig angewendete Formvorschrift den Bedürfnissen des Rechtslebens, denen die Entscheidung des Ober-Tribunals (von ihrer Begründung abgesehen) vollkommen entspricht, durchaus widerstreitet.

Digitized by Google

Glossen zum Allgemeinen Land-Recht.

Von Dr. J. A. Gruchot.

Allgemeines Land-Recht Th. I Tit. 9.

Von der Erwerbung des Eigenthums überhaupt und den unmittelbaren Arten derselben insonderheit.

§§ 1, 2. Diese an die Spitze der Lehre vom Eigenthumserwerbe gestellten Grundsätze, die in allgemeinerer Fassung sich bereits in den §§ 131, 132 Tit. 2[1]) ausgesprochen finden, gehören der „zur Zeit der Entstehung des Landrechts noch nicht wissenschaftlich überwundenen Theorie vom titulus und modus acquirendi an, welche auf dem abstracten Gegensatze von Möglichkeit und Wirklichkeit beruhte."[2]) So lehren z. B.:

Berger, oecon. jur. Lib. II tit. II cap. VI not.: Ad constituendum et acquirendum dominium requiri 1. causam, intellige remotam et mediatam, cujusmodi dicitur titulus, quem habilem oportet esse ad transferendum dominium, i. e. ita comparatum, ut in eo agatur de transferendo dominio: exemplum est contractus emti venditi, 2. causam proximam et immediatam, cujusmodi dicitur modus, et in primis fit per dationem: sola datio dominium non transfert, nisi praecesserit titulus (l. 31 pr. D. de acq. rer. dom.) idemque habilis: cujusmodi non est locatio conductio (l. 39 D. loc.).

Daries, instit. jurispr. univ. (edit. 3. Jen. 1748) § 491 ... jus in re acquisitum esse demonstraturus indicare debet primo factum, quo ejusmodi jus acquisivit, et deinde ejusmodi factum continere determinatae acquisitionis rationem sufficientem. Ratio haecce est causa acquisitionis juris in re remota, factum vero illud ejusdem acquisitionis causa proxima dicitur. Causa acquisitionis juris in re remota vocatur titulus, proxima vero modus acquirendi. Jus itaque in re quadam constitutum esse, sine titulo atque acquirendi modo concipi nequit.

Christ. de Wolff, instit. jur. nat. et gent. (Hal. 1750) § 295. Dicitur autem titulus ratio legalis, per quam patet factum quoddam tale jus parere posse: ipsum vero factum, quo juris reddimur participes, modus acquirendi est.

---

1) § 131. „Die Handlung oder Begebenheit, wodurch Jemand ein Recht auf eine Sache erlangt, heißt Erwerbungsart."

§ 132. „Der gesetzliche Grund, vermöge dessen diese Handlung oder Begebenheit die Kraft hat, daß dadurch das Recht erworben werden kann, wird der Titel genannt."

2) Heydemann, Einl. in das System des Preuß. Civilrechts I. S. 41.

Digitized by Google

Puetter et Achenwall, Elementa juris naturae (Gött. 1750) § 299. Ut aliquid actu adquiratur, requiritur 1. factum commissivum, quo quis adquirere vult, id quod vocatur modus adquirendi, 2. ut hoc factum legibus sit conforme seu justum. Justitia modi adquirendi vocatur titulus.

Klein, Grundsätze der natürl. Rechtswiss. (Halle 1797) § 125. Die Handlung oder Begebenheit, wodurch jemand ein Recht erlangt, heißt die Erwerbungsart (modus acquirendi); unter dem Ausdruck Titel aber wird der gesetzliche Grund verstanden, vermöge dessen diese Handlung oder Begebenheit diese Wirkungsart nach sich zieht.

Gesterding, ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum ɾc. (Greifswald 1817) S. 62, 63: Zur Erwerbung des Eigenthums ist der Regel nach eine Handlung erforderlich, wodurch das Subjekt sich das Objekt wirklich zu eigen macht — ein modus acquirendi dominium. Von dieser Handlung, wodurch das Eigenthum actu erworben wird, kann man unterscheiden den Rechtstitel oder die Möglichkeit, durch jene Handlung ein Eigenthum zu erwerben. Diese Möglichkeit liegt nun in dem Gesetz, welches macht, daß jene Handlung zum Erwerbe jenes Rechts tauglich ist. Bei gewissen Erwerbarten kann man aber, außer diesem allgemeinen Rechtstitel, noch einen besonderen unterscheiden. Nämlich es gibt gewisse Arten des Erwerbes, bei welchen der Handlung, wodurch das Eigenthum erst wirklich erworben wird, ein gewisses Rechtsgeschäft vorhergehen muß, welches die Erwerbung durch jene Handlung rechtfertigt, indem es die Handlung zu einer solchen Erwerbart tauglich macht und den Uebergang des Eigenthums aus dem Gesetz durch jene Handlung vermittelt. Dies ist der Fall bei der Tradition und der erwerbenden Verjährung.

Der Regel nach ist zum actuellen Erwerb des Eigenthums eine auf diesen Zweck gerichtete Handlung, nämlich eine einseitige Besitzergreifung oder eine Uebertragung des Besitzes von Seiten des bisherigen Eigenthümers erforderlich. Aber nicht immer. Denn es gibt Fälle, in welchen das Eigenthum, wenn auch nicht ohne alles Factum, doch ohne Zuthun des Erwerbers, bloß durch das Gesetz (ipso jure), auf den Erwerber übergeht (s. g. transitus dominii legalis).

Vergl. auch Göschel, Zerstreute Blätter B. 1 S. 339 — 341; Löher, das System des Preuß. Landrechts § 26; v. Daniels, Allg. Preuß. Privatrecht (2. Bearbeit.) Berlin 1862 S. 99 Nr. 66.

In Betreff der Verwerflichkeit jener Theorie ist zu verweisen auf: Thibaut, Civilistische Versuche Nr. XI. „Ueber den eigentlichen Unterschied zwischen titulus und modus acquirendi."

Hugo, Civilist. Magazin I S. 83 f., IV S. 136—183.*)

*) „Hugo's Verdienst um die Beseitigung der falschen Theorie ist zum Theil gerade in dem gegen die Auffassung des A. L. R. gerichteten Angriffe begründet. (Z. B. IV. S. 151 f., 162, 170, 172.)" Heydemann a. a. O. S. 11 Note 81.

Fritz, Erläuterungen B. I S. 250—253.

Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum Abth. II (Heidelberg 1858) S. 1 ff.

Unger, System des österr. allgem. Privatrechts B. II (Leipz. 1857) S. 8 ff.

Letzterer sagt hierüber:

Die verschiedenen Rechte haben sehr verschiedene Entstehungsgründe. Dennoch versuchte die ältere Schule alle Erwerbungen von Rechten oder doch mindestens die dinglicher Rechte auf zwei Erfordernisse zurückzuführen, auf einen Titel (titulus acquirendi) als die rechtliche Möglichkeit (den Rechtsgrund) des Erwerbs, und eine Erwerbsart (modus acquirendi) als die Verwirklichung jener Möglichkeit. Diese Theorie hat ihren Sitz und Ausgangspunkt in der Lehre vom Eigenthum, indem man davon ausging, daß nach römischem Recht jede Erwerbung des Eigenthums einen Titel voraussetze und erst durch einen zu diesem hinzukommenden Erwerbsact wirklich erfolge, und daran die naturrechtliche Streitfrage knüpfte, ob auch nach dem Naturrecht titulus und modus zur Erwerbung des Eigenthums gehören, wie nach römischem Recht. Der Sinn, in welchem man titulus und modus acquirendi zur Erwerbung des Eigenthums verlangte, war anfänglich der, daß man, um Eigenthum zu erwerben, eine Forderung haben und in Folge derselben den Besitz der Sache erlangen müsse.[1]) Man mußte jedoch bald einsehen, daß diese Behauptung, welche schon in Ansehung der Erwerbung des Eigenthums durch Tradition nicht richtig ist, in Ansehung aller übrigen Erwerbungsarten des Eigenthums ganz und gar unhaltbar sei. Um nun die beliebt gewordene Unterscheidung nicht fallen zu lassen, legte man ihr einen Sinn bei, der von jenem ursprünglichen ganz verschieden ist. Man verstand nemlich unter Titel bald den Rechtssatz, welcher die fragliche Erwerbung möglich macht, bald das factische Verhältniß, welches der wirklichen Erwerbung vorausgehen muß, um diese, den modus acquirendi, möglich zu machen. So konnte man freilich nicht nur bei der Erwerbung des Eigenthums durch Occupation einen titulus und modus acquirendi unterscheiden, indem man als den Titel bald den Rechtssatz res nullius cedit occupanti, bald die Herrenlosigkeit der Sache, die Occupation selbst aber als den modus acquirendi ansah, sondern diese mehrdeutige Unterscheidung ließ sich auf alle Erwerbungsarten des Eigenthums wie der dinglichen Rechte überhaupt bequem anwenden, und selbst bei dem von den älteren Schriftstellern zu den dinglichen Rechten gezählten Erbrecht machen, indem man unter dem Titel des Erbrechts die Delation, unter der Erwerbsart desselben die Adition verstand....... Daß diese Unterscheidung zwischen Titel und Erwerbsart eine völlig verfehlte und unhaltbare sei, welche zu

[1]) Die Veranlassung hierzu gaben insbesondere l. 31 pr. D. de A. R. D. (41, 1) (Nunquam nuda traditio transfert dominium sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit propter quam traditio sequeretur; cf. l. 9 §. 4 eod. — si is rem vendiderit et tradiderit faciet eam accipientis — cf. Ulpian. XIX 7, Gajus II 20) eine Stelle die auch sonst zu manchem Irrthum Veranlassung gab.

den mannigfaltigsten Irrthümern die gefährliche Veranlassung gibt, wird heut zu Tage — — — nicht nur von allen gemeinrechtlichen Schriftstellern,[1]) sondern nunmehr auch von österreichischen Auctoren anerkannt. Will man unter Titel den Rechtssatz verstehen, der die fragliche Erwerbung als rechtlich möglich erklärt, so läßt sich zwar insofern bei jeder Rechtserwerbung zwischen Titulus und Modus unterscheiden; aber es ist einerseits nicht abzusehen, was mit dieser überall zulässigen Unterscheidung zwischen Möglichkeit und Wirklichkeit gewonnen sein soll, andrerseits ist es unzulässig, in gewissen Fällen dann doch wieder unter Titel nicht den Rechtssatz, sondern etwas Anderes z. B. einen Vertrag zu verstehen, wodurch überdieß das Gesetz auf eine Stufe mit diesen Entstehungsgründen der concreten Rechtsverhältnisse herabgedrückt wird. Will man unter Titel gewisse factische Voraussetzungen verstehen (z. B. Herrenlosigkeit einer Sache, Delation einer Erbschaft), so fehlt es an allem Grunde, gerade einige dieser Voraussetzungen herauszuheben und sie als Titulus auszuscheiden und zu bezeichnen, da das subjective Recht doch nur aus dem Zusammentreffen aller erforderlichen Voraussetzungen entspringt. Endlich entstehen viele Zweifel und Irrthümer daraus, daß man sich in manchen Fällen vergebens bemüht, zwischen Titulus und Modus zu unterscheiden, oder doch darüber schwankt, worin der Modus eigentlich bestehen solle.

Wir haben es jedoch hier immer nur mit theoretischen Schulbegriffen zu thun, die schon als solche in das Gesetzbuch nicht gehören. Vom Standpunkte der Praxis aus fehlt es an jeder Veranlassung, gegen diese Sätze anzukämpfen, da sie für das Rechtsleben ohne alle Bedeutung und daher auch ohne allen schädlichen Einfluß sind.[2]) Mit Recht bemerkt daher Dr. Baron, Abhandlungen aus dem Preuß. Recht (Berlin 1860) S. 130, 131:

Wenn auch die landrechtliche Lehre von dem allgemeinen Erforderniß des Titels bei Erwerbung des Eigenthums verwerflich erscheine, so sei doch nicht zuzugeben, daß das A. L. R. aus der falschen Lehre practische Folgen gezogen habe, welche mit dem Princip, aus dem sie hervorgingen, beseitigt werden müßten.

Dasjenige, was das A. L. R. bei der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums unter dem Titel verstehe, sei ein nothwendiges Erforderniß, weil es aus dem Princip der Willensfreiheit folge.

Bezüglich der unmittelbaren Erwerbungsarten — so fährt der Verf. fort — erklärt das A. L. R. I. 9. §. 2. den Titel als den gesetzlichen Grund, vermöge dessen die äußeren Handlungen die Kraft haben, daß

---

1) Vgl. Glück VIII §. 578, Fritz Erläuter. I S. 249 fg. In modernen Lehrbüchern des Pandektenrechts wird dieser Eintheilung nur noch als einer überwundenen und abgethanen erwähnt; vgl. z. B. Puchta §. 143, Sintenis I §. 38 Note 1, Vangerow I §. 305 u. A. (Sintenis bemerkt sogar „dieser Eintheilung werde bald selbst in den Anmerkungen der Lehrbücher nicht mehr gedacht werden").

2) Vergl. Gesetz-Revision Pensum XIII S. 21 und dagegen Koloff in der Jurist. Wochenschrift 1846 Sp. 377 f. 393 f. 410 f.

Digitized by Google

dadurch das Eigenthum erlangt werden kann. Ganz in derselben Weise hatte es bereits in I, 2. §. 132. den Titel eines Rechts auf die Sache definirt, und es ergibt sich schon daraus, daß jene Vorschrift wegen ihrer Unbestimmtheit keine Anwendung finden kann; das Gesetz hat in seiner docirenden Art einen Schulbegriff gegeben; dabei ist es aber stehen geblieben, weil sich aus der Vagheit des Schulbegriffs überhaupt keine Folgerung ziehen ließ.

Ganz dasselbe gilt von dem Titel zur Erwerbung der dinglichen Rechte. Zwar hat hier das A. L. R. I, 2. §§. 133. 134. den Titel als das dem dinglichen Rechte vorhergehende persönliche Recht definirt; es ist aber hiervon bei der Erörterung der einzelnen Rechte wieder abgegangen, oder es hat vielmehr von der allgemeinen Vorschrift bei den speciellen Materien keinen Gebrauch gemacht. — —

Knüpfen wir hier an den Eingang der zweiten Abhandlung wiederum an! Wir haben dort erwähnt, daß nach Ansicht der Gesetzrevisoren die Vorschriften des A. L. R. über den Titel unschädlich sind, und wir sind jetzt zu demselben Resultate gelangt. Wenn aber die Revisoren weiter behaupten, daß diese Vorschriften von dem landrechtlichen Systeme unzertrennlich sind, so können wir dies nicht zugeben. Das was das A. L. R. bei der Tradition und der Ersitzung Titel nennt, fällt wahrlich nicht unter die Definitionen des Th. I. Tit. 2. A. L. R.; setzt doch der Eigenthumserwerb durch Tradition auch das Eigenthum des Tradenten, der durch Ersitzung auch den Besitz während einer bestimmten Zeit voraus! Mit anderen Worten: die Vorschriften des §. 132 ff. A. L. R. I, 2 sind überflüssig; das A. L. R. selbst hat, wo es nothwendig war, specielle Anordnungen getroffen, welche vollständig genügen. Und insofern ein Gesetzbuch niemals etwas Ueberflüssiges enthalten darf, müssen jene Paragraphen aus einem künftigen Gesetzbuch entfernt werden.

Jene Unterscheidung zwischen Erwerbungsart und Titel findet sich auch im Oesterreichischen Gesetzbuche mit besonderer Schärfe hervorgehoben.

Unger a. a. O. bemerkt hierüber:

Das bürgerliche Gesetzbuch hat die Theorie vom titulus und modus acquirendi aufgenommen und an die Spitze der Lehre von der Erwerbung des Eigenthums den Satz gestellt: „Ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigenthum erlangt werden" (§ 380). Diese Unterscheidung wird nicht nur beim derivativen Erwerb des Eigenthums (§ 424. § 425 [1]), sondern auch beim originären Erwerb desselben (§ 381 [2])

1) § 424. „Der Titel der mittelbaren Erwerbung liegt in einem Vertrage; in einer Verfügung auf den Todesfall; in dem richterlichen Ausspruche; oder in der Anordnung des Gesetzes."

§ 425. „Der bloße Titel gibt noch kein Eigenthum. Das Eigenthum und alle dingliche Rechte überhaupt können, außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden."

2) § 381. „Bei frey stehenden Sachen besteht der Titel in der angeborenen Freyheit, sie in Besitz zu nehmen. Die Erwerbungsart ist die Zueignung, wodurch man sich einer frey stehenden Sache bemächtigt, in der Absicht, sie als die seinige zu behandeln."

Digitized by Google

gemacht und ebenso bei den dinglichen Rechten (§ 449 f., § 480, § 481) und im Erbrechte (§ 533) durchgeführt; ja das bürgerliche Gesetzbuch hat diese Unterscheidung selbst auf die Erwerbung des „Eigenthums an einer Forderung" übertragen, indem es bei der Cession einer Forderung zwischen Titel und Modus distinguirt (§ 427. § 1393).

§ 3. Klein, Grundsätze der natürlichen Rechtswiss. (Halle 1797) § 246:

Um dem Eigenthum die Kraft eines äußerlichen und dinglichen Rechtes mitzutheilen, ist der mittelbare oder unmittelbare Besitz erforderlich; mithin auch die Uebergabe, insofern das Eigenthum durch Uebertragung erlangt worden.

§ 4. Ueber den s. g. transitus legalis dominii*) spricht sich Löher, das System des Preuß. Landrechts S. 109—111 dahin aus:

In einigen Fällen findet nach dem A. L. R. Eigenthumsübergang ohne Besitzergreifung oder sonst ein Ersatzmittel derselben statt. Diese Fälle sind entweder solche, in denen die Erwerbsart versteckt dennoch vorhanden ist, oder es lassen sich in ihnen solche Fälle erkennen, in welchen nach deutschrechtlicher Ansicht die Uebertragung einer Gewehre für vollzogen anzunehmen, ohne daß eine förmliche neue Besitzergreifung nöthig war.

Nur scheinbar nicht vorhanden ist die Erwerbart bei der Entscheidung durch das Loos (§ 573 Tit. 11) .... Das Eigenthum der vermachten Sachen geht in der Regel mit dem Todestage des Erblassers auf den Legatar über (§ 288 Tit. 12) .... Bei dem Erbschaftskaufe geht Eigenthum oder Gefahr sofort auf den Käufer über, sobald der Vertrag geschlossen ist (§ 474 Tit. 11) .... Daß bei dem Schiffskaufe in der Regel angenommen wird, die Uebergabe sei durch Vollziehung des Kontrakts geschehen, ist gleich der kurzhändigen Verpfändung von Seeschiffen eigenthümlicher Gebrauch des Seerechts (§ 1396 Tit. 8 Th. II). — Der Erbe bedarf keiner Besitzergreifung, weil nach der im Volke erhaltenen Ansicht des älteren Rechts die Familienglieder bereits in gemeinsamer Wehre sind.

Das Eigenthum, welches dem Grundeigenthümer, auch ohne Besitzergreifung, über den Schatz und die Alluvion zusteht, erklärt sich aus dem Rechte der Gewehre, nach welchem Alles, was in den Bezirk der Gewehre gebracht wird, deren Herrn unmittelbar gehört. Daher rührt auch das Pfandrecht des Verpächters, Vermiethers und Gastwirths an den eingebrachten Sachen.

Endlich in der gerichtlichen Addiktion ist auch eine gerichtliche Auflassung enthalten, es bedarf deshalb keiner besonderen Besitzergreifung (§ 342 Tit. 11; § 4 Tit. 9; §§ 4. 5 Tit. 16 Th. I).

v. Zeiller, Commentar über das Oesterreichische allgem. bürgerl. Gesetzbuch II S. 159 führt als Titel der Erwerbung des Eigenthums durch Occupation einerseits („objectiv") die Herrenlosigkeit und ursprüngliche Bestimmung der Sachen, dem Menschen zu dienen, andererseits („subjectiv") die natürliche Freiheit, sich ihrer zu bemächtigen, an.

*) Vergl. Puchta, Vorles. B. 1 S. 293.

Digitized by Google

§§. 5, 6. 1. Die mit der Theorie vom titulus und modus acquirendi im Zusammenhange stehende Eintheilung der Erwerbungsarten des Eigenthums in unmittelbare und mittelbare, welche zum großen Theile für das System des Landrechts maaßgebend geworden,[1]) ist gleichfalls der gemeinrechtlichen Doctrin entnommen.

Hugo Grotius de jure belli et pacis Lib. II c. III § 1: Singulari jure aliquid nostrum fit acquisitione originaria aut derivativa.

Heineccius in der Anmerk. zu Vinnii com. in § 11 J. 2, 1 nr. 4: Rectius dixeris, modos acquirendi vel originarios esse, vel derivativos. Originarie acquiri res, quae in nullius sint dominio, et quidem substantiam rei acquiri per occupationem, secundum quid, quae rei nostrae accedunt, per accessionem. Derivativum, quo dominium ab uno ad alium transfertur, esse unicum, traditionem. Ad hos modos reliqui omnes commode referuntur.[2])

Stahl, Rechts- und Staatslehre Abth. I S. 297 f.: Der Eigenthumserwerb hat zwei Hauptarten: originären und derivativen Erwerb, d. i. selbständige Begründung des Eigenthums bloß durch eigenen Akt oder Vorgang des Erwerbers, und Ableitung desselben aus dem Rechte des bisherigen Eigenthümers. Der Letztere weist seinem Begriffe nach immer auf den Ersteren zurück.

Der originäre Erwerb ist wieder dreierlei Art: absoluter, extinctiver und accessorischer Erwerb.

1. Absoluter Erwerb ist der, welcher völlig neu beginnend eine herrenlose Sache erst ins Privateigenthum bringt.

2. Extinctiver Erwerb ist derjenige, welcher in Beziehung auf ein bereits bestehendes Eigenthum eines Andern, aber nicht als dessen Fortsetzung, sondern als dessen Aufhebung vor sich geht. Er besteht in der Ersitzung.

3. Accessorischer Erwerb ist der Erwerb einer Sache durch deren Verbindung mit einer solchen, zu der wir bereits eine rechtliche Beziehung haben, sei diese Verbindung äußeres Hinzukommen (accessio, alluvio u. s. w.) oder innere organische Erzeugung (Fruchterwerb).

Sintenis, practisches gemeines Civilrecht B. 1 S. 133: Man erwirbt Rechte entweder so, daß sie zugleich damit entstehen, also vorher nicht vorhanden waren, so durch Ergreifung einer herrenlosen Sache, durch Ausleihung eines Darlehns, durch Erleiden einer widerrechtlichen Beschädigung (s. g. ursprünglicher oder originärer Erwerb) — oder so, daß sie auf uns von einem Andern, dem sie bisher zustanden, übergehen (s. g. abgeleiteter oder derivativer Erwerb). Im letztern Falle greift der Begriff der Suc-

---

1) Vergl. Löher a. a. O. S. 106, 107. Koch, Komment. zu §§ 5 u. 6 d. T.

2) Hugo Grotius l. c. § 6 bemerkt: Dicat forte aliquis, etiam concessione servitutis, constitutione pignoris aliquid originarii acquiri. Sed recte expendenti apparebit id jus novum non esse nisi modo, nam virtute ipsa inerat in dominio domini.

Ziegler fügt in der Note bei: non formaliter quidem, sed causative, quatenus scilicet, qui dominium habet, jus habet alienandi, alias vero nemini res sua servit, nemo in re propria potest habere hypothecam.

Digitized by Google

cession, der Nachfolge in Rechte, Platz; so daß diese dieselben bleiben und nur ihre Inhaber oder Träger wechseln, der Nachfolger (successor), also das Recht immer nur in dem Umfange überkommen und ausüben kann, wie es seinem Vorgänger (auctor) zustand (l. 54. 59. 175 § 1. l. 177 pr. D. de R. J.). Sie ist aber nicht bei allen Rechten möglich; viele nämlich sind ihrer Natur nach an bestimmte Personen geknüpft und von diesen unzertrennlich.

Auch das Oesterreichische Gesetzbuch hat die Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Eigenthumserwerbsarten aufgenommen. Dasselbe behandelt die ersteren im dritten und vierten Hauptstücke des II. Theils unter der Rubrik: „Von Erwerbung des Eigenthumes durch Zueignung" bezüglich „Von Erwerbung des Eigenthums durch Zuwachs," und geht sodann im fünften Hauptstücke („Von Erwerbung des Eigenthumes durch Uebergabe") auf die mittelbare Erwerbung über, indem es im § 423 den Grundsatz an die Spitze stellt:

„Sachen, die schon einen Eigenthümer haben, werden mittelbar erworben, indem sie auf eine rechtliche Art von dem Eigenthümer auf einen Anderen übergehen."

2. Der mittelbare, durch den Wechsel des bisherigen Berechtigten vor sich gehende Erwerb [1]) bildet das eigentliche Element des ganzen Verkehrslebens. Treffend bemerkt hierüber Kuntze, die Lehre von den Inhaberpapieren 2c. (Leipzig 1857) S. 299:

Es liegt im Wesen des Verkehrs, jedes Verkehrsmoment, d. h. jeden Bewegungsakt als einen zwiefachen Vorgang erscheinen zu lassen: jede Verkehrsthatsache ist zugleich Verlust und Erwerb: dies sind die letzten Elemente jedes Verkehrsaktes; ohne Verlust kein Erwerb, an jeden Verlust schließt sich ein Erwerb: dies gilt innerhalb des Verkehrsgebietes; Verluste ohne entsprechenden Erwerb (Seitens eines successor im weiteren Sinne), Erwerbungen ohne entsprechenden Verlust (Seitens eines auctor) liegen außerhalb des Verkehrs (so occupatio rei nullius, derelictio).

3. In Betreff anderweitiger Eintheilungen der Eigenthumserwerbsarten ist zu verweisen auf

Böcking, Pandekten des röm. Privatrechts § 141 B. 2 S. 55.

Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum Abth. II (Heidelberg 1858) S. 1 ff.

insbesondere aber auf

Leist, Civilistische Studien auf dem Gebiete der dogmatischen Analyse Heft III (Jena 1859) §§ 15 und 16.[2])

---

1) Vergl. Göschel, Zerstreute Blätter B. 1 S. 304 f. („Sekundäre oder translative Erwerbungsweise").

2) Derselbe stellt im § 15 (S. 65—69) die neueren Classificationsversuche des Eigenthumserwerbes, und zwar nach einem zwiefachen Gesichtspunkte, dar,

Digitized by Google

Erster Abschnitt.

Von der ursprünglichen Besitznehmung.

§ 7. 1. Gajus l. 3 pr. D. de acq. rer. dom. (41, 1): Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur.

Paulus l. 1 § 1 D. de acq. v. am. poss. (41, 2): Dominium rerum ex naturali possessione coepisse, Nerva filius ait, ejusque rei vestigium remanere in his, quae terra, mari, coeloque capiuntur; nam haec protinus eorum fieri, qui primi possessionem eorum apprehenderint. Item... gemmae, lapilli, margaritae in litoribus inventae ejus fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est.

2. Die gesonderte Behandlung der Occupationslehre in zwei verschiedenen Abschnitten, von denen der eine die Zueignung der von jeher herrenlos gewesenen, der andere die Zueignung der herrenlos gewordenen Sachen zum Gegenstande hat, ist ebenso für die Theorie wie für die Praxis ohne alle Bedeutung, da es in rechtlicher Beziehung allein darauf ankommt, ob zur Zeit der Besitzergreifung die Sache herrenlos war und unter dieser Voraussetzung der Aneignungsakt sich allemal als ursprüngliche Erwerbsart (originaria) darstellt.*)

Göschel, Zerstreute Blätter B. 1 S. 298, 299 sagt hierüber:

---

indem die einen den Erwerb nicht nach dem Grunde, sondern nach seiner äußeren Erscheinung charakterisiren (worunter er auch die weit verbreitete Eintheilung in originäre und derivative Erwerbarten rechnet) andere dagegen in ihrer Classification das Princip, auf das der Erwerb sich stützt, hervorheben. In dieser Hinsicht bezeichnet er als das bei Weitem Beste das von Böcking Ausgesprochene, der zu dem richtigen Resultate komme, daß, wenn wir den wirklichen Grund des Eigenthumserwerbes erkennen wollen, dies nur durch Zurückführung der einzelnen Fälle auf den Willen des Subjects werde erlangt werden können, und auf diesem Wege, jenachdem die einzelnen Fälle des positiven Rechts mit diesem individuellen Willen entweder in Gegensatz treten, oder mit ihm adäquat sich verhalten, zu folgender Classification gelange:

„I. Nothwendige Erwerbarten.

A. Zuwachs: 1. Fruchterwerb. 2. Verbindungsfälle.

B. Rückfall an den früheren Eigenthümer und Anfall nach gesetzlicher oder gerichtlicher Bestimmung.

II. Willkürliche, beruhend

A. auf einseitigem Willen: 1. Besitzergreifung, 2. Ersitzung, 3. Bearbeitung.

B. auf gegenseitigem Willen: Tradition.

C. ohne Rücksicht auf Ein- oder Gegenseitigkeit des Willens: Adjudication."

*) Vergl. Puetter et Achenwall, Elementa juris naturae (Gött. 1750) § 302. Modus acquirendi rem nullius vocatur modus acquirendi originarius. Hinc occupatio est modus acquirendi originarius. Daries, Instit. jurispr. univ. § 463 s. unten S. 439 Note 2.

Digitized by Google

Res nullius sind solche Sachen, in welchen zur Zeit der Besitznahme ein anderer Wille nicht mehr sich befindet, aus welchen nicht erst zum Behufe anderweiter Besitznahme ein anderer Wille sich zurückziehen muß, mithin Sachen, an welchen gegenwärtig Niemandem ein ausschließliches Recht zusteht, gleichviel, ob solches noch gar nicht bestanden hat, oder ob es wieder aufgegeben worden, denn auch res derelictae sind res nullius, oder ob es sich in Ermangelung alles Anspruchs oder dessen Nachweises verwischt hat; denn auch Sachen, deren Dereliction nicht konstirt, auf die aber Niemand einen Anspruch macht oder nachweist, sind der ursprünglichen Besitznahme mit der Wirkung des vollen Eigenthumsrechts unterworfen.

Wie ihr Gegenstand, die ledige Sache, dreifach ist, so ist auch die primitive Besitznahme dreifach, je nachdem sie res nullius, oder res derelictae, oder solche Sachen, deren Eigenthümer nicht konstiren, zum Gegenstande hat.

Die primitive Besitznahme ist derjenige modus acquirendi, welcher auf keinen auctor unter den Menschen zurückweiset, also auch keine editio tituli specialis erfordert. Alle drei Arten derselben kommen darin überein, daß sie nicht bloß Eigenthum erwerben (verschaffen), sondern es zugleich allererst oder von neuem konstruiren. Hierdurch unterscheiden sie sich von den s. g. mittelbaren Erwerbungsarten, wodurch das Eigenthum nicht konstituirt, sondern das schon konstituirte erworben, d. h. von einer Hand in die andere übertragen wird. Die erste Art der ursprünglichen Besitznahme bezieht sich auf res nullius. Die zweite Art der Occupation setzt eine Dereliction als vorangegangen voraus.

Vergl. auch v. Buchholtz, Versuche über einzelne Theile der Theorie des röm. Rechts (Berlin 1831) S. 70—74 („Ueber den Begriff von res nullius").

Das Oesterreichische Gesetzbuch hat eine solche unsystematische Sonderung nicht vorgenommen. Dasselbe behandelt vielmehr im dritten Hauptstücke des II. Theils (§§ 380—403) alle Fälle der „Erwerbung des Eigenthumes durch Zueignung," auch mit Inbegriff der allerdings eigenthümlichen Grundsätzen unterliegenden Schatzfindung. Desgleichen der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Königr. Sachsen von 1860 in den §§ 238—254.[1])

3. Ueber die rechtliche Natur der Occupation als Eigenthumserwerbungsart sprechen sich von neueren Rechtslehrern aus:[2])

---

1) Derselbe enthält im § 239 die Bestimmung: „Herrenlos sind diejenigen beweglichen Sachen, welche noch in Niemandes Eigenthume gewesen sind, oder deren Eigenthum der bisherige Eigenthümer ohne Uebertragung auf einen Anderen aufgegeben hat."

2) Von älteren Schriftstellern sei nur erwähnt: Daries, instit. jurispr. univ. (edit. 3. Jen. 1748).

§ 462. . . . Si rem nullius in τὸ nostrum recipere volumus atque in τὸ nostrum recipimus, consequens est, ut ejusmodi res inter ea, quae ad τὸ

Digitized by Google

Stahl, Rechts- und Staatslehre Abth. I S. 298—300:

Es entspricht der Natur des Eigenthums, als des Rechts der körperlichen Herrschaft über das Objekt, daß die selbst bewirkte physische Herrschaft die Begründung und der beginnende Moment desselben sei, daß mit dieser die Sache als an die rechtliche Sphäre der Person gefesselt gelte. Denn sie bewirkt thatsächlich den Zustand, der durch das Recht zum Charakter der Dauer erhoben eben Eigenthum ist. Der bloße Wille reicht deshalb nicht hin zur Aneignung, auch nicht die objektive Erkennbarkeit desselben, denn sie bewirken diesen Zustand nicht, sondern erst der Erfolg der That, die vollbrachte Besitznahme. Daß die Sache herrenlos sein müsse, liegt im Begriff der Besitznahme als absoluter Erwerbsart, nur auf diesen Fall bezieht sich ja ihre ganze Bedeutung. Die Herrenlosigkeit ist aber deshalb nur eine Vorbedingung, nicht der Erwerbgrund. Bei der gleichen Möglichkeit solcher Aneignung für Alle ist demnach die Besitznahme immer eine Art der Prävention und beruht demnach der Eigenthumserwerb durch Besitznahme auf einem doppelten Grunde: der Anerkennung der Person und ihrer That, welche das Princip aller Prävention ist, und der Bestimmung des Eigenthumsinstitutes, vermöge welcher sie nicht bloßen Vorzug im faktischen Zustande, sondern dauerndes Recht gibt.

Böcking, Pand. des röm. Privatrechts § 150 B. 2 S. 125, 126:

Der Wille des Subjects ist der berechtigte, wenn und sofern nicht der eines andern oder anderer ihn zu negiren berechtigt ist; die Sache ist das an sich willenlose oder im Recht so geltende Object des Willens, und als Eigenthumsgegenstand das körperliche Object der unbestimmten rechtlichen Beherrschung durch den Willen des Subjects; sie wird also meine, mein Eigenthum, indem ich meinen Willen, ohne Negation des rechtlichen Willens eines andren Subjects, sie zu beherrschen, bethätige. Hiermit ist der Begriff der Besitzergreifung im weitesten Sinne als Aneignung und insbesondere der Occupation herrenloser Sachen als Eigenthumserwerbshandlung gegeben. ...

Leist, Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse Hft. III (Jena 1859) § 17 („Naturaler Begriff der Occupation"):

---

nostrum pertinent, referri debeat. Ejusmodi rei nullius apprehensio cum animo eam nobis propriam habendi, dicitur occupatio in specie. Quoniam occupare generatim sumtum idem est, ac aliquid in τὸ suum recipere.

Cor. I. Occupatio igitur requirit

1. ut res, quae occupatur, sit nullius, i. e. in potestate alterius non existens.
2. ut occupans rem occupandam in τὸ suum recipere velit atque recipiat.

§ 463. Occupatio eaque sola est justus modus acquirendi dominium originarius. Qui enim rem occupat, rem, quae in potestate alterius non existit, cum animo eam sibi propriam habendi, apprehendit. Salvis ergo officiis erga alios perfectis id, quod occupat, in τὸ suum recipit. Ergo fit hujus rei dominus. Ex quo abunde sequitur, ut occupatio sit justus modus acquirendi dominium originarius ...

Digitized by Google

Es fragt sich, was der eigentliche Grund, die ratio, der Occupation als Eigenthumserwerbes ist. In dieser Hinsicht besteht heutzutage folgende allgemein herrschende Anschauung: Die Occupation ist das Nehmen der rechtlich herrenlosen Sache. Weil sie herrenlos ist, gestattet uns das Recht die Sache durch unser Ergreifen mit dem Willen des Eigenthumserwerbes in unser Eigenthum zu bringen.[1]) Die Besitzergreifung ist der das Eigenthum realisirende subjective Act; der objective Grund, die naturalis ratio, daß die Sache durch diese Besitzergreifung ins Eigenthum gelangt, ist die Herrenlosigkeit.[2]) Es kommt also immer und lediglich darauf an, ob die Sache herrenlos sei, das Herrenlose steht bei der Occupation sich juristisch ganz gleich. Daß aber überhaupt Besitzergreifung von Sachen Eigenthum gewähren kann, ist ein Princip unseres positiven Rechts, und zwar desjenigen Rechts, welches wir historisch von den Römern haben, und welches bei den Römern jus gentium war. — Wir können nach dieser Auffassung den Grund der Occupation so zerlegen: 1) Factischer Grund ist a. objectiv die Herrenlosigkeit der Sache, b. subjectiv die Besitzergreifung mit dem animus des Eigenthumserwerbes. 2) Rechtlicher Grund ist das Bestehen des positiven Rechtssatzes, ohne welchen jener factische Grund an sich gar nichts bedeuten würde, wie überhaupt der Eigenthumsbegriff, so auch der einzelne Entstehungsgrund des Eigenthums lediglich Schöpfung des positiven Rechts ist... (S. 73—75).

In den folgenden §§ 18—23 (S. 75—106) verwirft der Verf. die gewöhnliche Erklärung der Occupation als Besitzergreifung herrenloser Sachen, wiewohl er hervorhebt, daß die Darstellungsweise Böcking's dem wahren Grunde des Eigenthums um ein Wesentliches näher trete, und führt sodann seine eigene Ansicht aus, welche dahin geht: Occupation sei der auf Kampf gegründete Sacherwerb des Menschen, sie sei das Erkämpfen der Sache, und die naturalis ratio, weshalb das Erkämpfen das Eigenthum gewähre, beruhe darin, daß das Erkämpfen eine Arbeit des Subjects sei. Die Besitzergreifung sei nicht der Grund (das Princip, die ratio), aus der sich das Eigenthum erkläre. Besitzergreifung als solche könne wohl der Anfangspunkt, nicht aber der Grund des Eigenthums sein. Dazu werde erfordert, daß der wirkliche Grund des Eigenthums eine solche factische Natur habe, daß er ohne reelle Bethätigung des subjectiven Willens über die Sache nicht gedacht werden könne. Die Rechtssatzung sei kein wesentliches Stück des naturalen Occupationsbegriffes, ebensowenig sei für diesen Begriff die Voraussetzung einer res nullius wesentlich. Der Verf. geht zuletzt auf die Stellung des Occupationsbegriffes im röm. Recht über und sucht zu zeigen, daß die Römer die occupatio bellica durchaus nicht unter den Begriff des Besitzerfassens der res nullius bringen, sondern sie (coordinirt dem capere der res nullius) vollkommen richtig aus dem Erwerb durch Kampf erklären.

---

§ 8. Bluntschli, deutsches Privatrecht § 71 S. 201 (2. Aufl.): Die ursprünglichste Erwerbart, Zueignung (occupatio), die Besitzergreifung an

1) z. B. Mühlenbruch Pandekten II § 247. s. auch Bruns, Recht des Besitzes S. 2, 3.
2) Puchta, Curs. der Inst. II § 241 Note 3.

Digitized by Google

herrenlosen Sachen kommt noch vor. Sie war dem älteren deutschen Recht zwar bekannt, aber weniger geläufig, als dem römischen, indem jenes in vielen Fällen der Gemeinschaft, bez. der Obrigkeit ein höheres Recht zuschrieb, als dem occupirenden Individuum.

Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum Abth. II S. 59 Note 3: Nach deutschem Recht fallen Grundstücke, welche, ohne verlassen zu sein, keinen nachweisbaren Herrn haben, der Gemeinde, subsidiär dem Staate zu. Schmid H. B. S. 59 Note 39.

Oesterreichisches bürg. Gesetzbuch § 382. „Frey stehende Sachen können von allen Mitgliedern des Staates durch die Zueignung erworben werden, insofern dieses Befugniß nicht durch politische Gesetze eingeschränkt ist, oder einigen Mitgliedern das Vorrecht der Zueignung zusteht."

---

§§ 9, 10.

Vinnii com. in § 18 J. 2, 1: ... Inventio species est occupationis. Non igitur ut quisque haec videri ceperit, et notare oculis, ita statim ejus fient, quod quidam putant, sed necesse est, ut possessionem eorum nanciscatur, si mobilia sint, manu apprehendat, si immobilia, ea ingrediatur. Ceterum si quis non in totum praeoccupaverit, sed inventorem jam apprehensioni operam dantem adjuverit, judicatum fuit, inventorem esse praeferendum. Horat. Rovat. dec. Lucens. 23. D. Tulden hic. c. 13.

Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 70, 71: Das factum apprehensionis, wie es bei der Occupation erforderlich ist, ist ein anderes zwar bei beweglichen Sachen, ein anderes bei unbeweglichen, oder vielmehr es äußert sich auf andere Art bei unbeweglichen, übrigens aber ist es nach Verschiedenheit des Objects nicht verschieden. Es besteht immer in einer Handlung, wodurch der Occupirende die Sache seiner physischen Herrschaft unterwirft. Man kann von der Occupation sagen, durch die bloße physische Herrschaft werde zugleich die rechtliche erworben und dadurch zeichne sich diese Art, das Eigenthum zu erwerben, vor allen übrigen aus. Um aber die physische Herrschaft oder Gewalt über die Sache zu erwerben, kann das bloße Erblicken der Sache nicht für hinlänglich gehalten werden ... Nicht entgegensteht l. 1 § 21 D. de acq. v. am. poss.

Paulus stellt den darin enthaltenen Satz[1]) bloß in Beziehung auf die Tradition auf und nirgends findet sich eine Spur, daß das apprehendere oculis auch auf die Occupation angewendet worden wäre. Es ist daher ganz richtig, wenn Hurt ad Pufendorf de jure nat. et gent. lib. IV c. 6 not. 2 bemerkt: originaria acquisitio fieri nequit visu, ubique vero derivativa ....[2])

---

1) „Non est enim corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu." Vergl. B. IV S. 478 dieser „Beiträge."

2) Derselbe sagt a. a. O. S. 69 f.: Manche Rechtslehrer halten bei gewissen Arten von Sachen, die man occupiren will, das bloße Erblicken der Sache für ein Factum, was zur Besitzergreifung hinlänglich sey. Von leblosen beweglichen Sachen, die man findet, lehrt dies namentlich Bachov (ad Treutlerum vol. 2. disp. 20. Th. 2, lit. H.). Cocceji (jus civile controversum, tit. de acq. rer. dom. qu. 1) lehrt gleichfalls, daß man durch den bloßen Anblick den Besitz der Sache erwerbe; er setzt jedoch hinzu, wenn sie uns so

Digitized by Google

§§ 11—13.

Lenz, Studien und Kritiken S. 91, 92: Bei der Occupation kann von bona fides gar nicht die Rede sein und ein Wille, dem auch das corpus anheimfällt, ist nur der stärkere und siegreiche gewesen, wenn er das occupirt, wozu Andere auch Lust hatten und auch schon, wenngleich ungenügende, Anstalten getroffen hatten l. 55 de acq. rer. dom. — Die §§ 12 und 13 d. T. erscheinen daher unpassend.

Koch, Anleitung zur Preuß. Prozeß-Praxis § 49 S. 186: Derjenige, welcher den Andern widerrechtlich an der Besitzergreifung hindert, kann selbst keinen Besitz erwerben. Es muß aber noch eine andere Folge eintreten, vermöge welcher der Gehinderte Genugthuung erhält. Darüber schweigt das L. R. hier ebenso wie bei dem Falle, wo Jemand einen Titel zum Eigenthum einer Sache erlangt hat und ein Dritter sich dieselbe auf Grund eines jüngeren Titels übergeben läßt, obwohl er den älteren Titel des Ersteren kennt. Hier hat die Praxis im Sinne der Theorie der gemeinrechtlichen Schriftsteller nachgeholfen und denjenigen, welcher nur ein persönliches Recht hat, für befugt erklärt, dasselbe gegen den dritten Besitzer der Sache zu verfolgen. Der jetzt vorliegende Fall steht unter demselben Grundsatze: es wird angenommen, daß die angefangene Besitzergreifung vollendet und der Occupirende, dem Störer gegenüber, Eigenthümer, oder, falls der Derelinquent nicht Eigenthümer war, rechtmäßiger Besitzer geworden sei; ihm stehen deshalb gegen denselben zwei Klagen zu, nämlich die Abforderungsklage, wenn dieser die Sache an sich genommen hat, und die actio in factum auf Schadloshaltung, wenn dieses nicht der Fall ist.*) In dem ersten Falle kann der Andere mit einer jeden Klage, welche ein Eigenthümer oder Besitzer bei Entziehung der Sache hat, in Anspruch genommen werden, also auch z. B. mit der actio quod metus causa, wenn er den Occupanten durch Zwang oder Drohung genöthigt hat, von der Sache abzustehen.

Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das K. Sachsen von 1860:

§ 252. „Als Finder wird auch Derjenige angesehen, welcher den verlorenen Gegenstand zu ergreifen im Begriffe war, auch wenn ein Anderer ihn daran hinderte, um ihm den Fund zu entziehen."

---

nahe ist, daß wir jeden Augenblick im Stande sind, sie mit den Händen zu ergreifen. Aehnliche Grundsätze hegt auch Höpfner (Comm. über die Inst. § 297), welcher aber in Fällen dieser Art eine Erklärung der Zueignungsabsicht von Seiten des Occupirenden durch Worte oder Thatsachen erfordert. Es ist wahr, daß in manchen Fällen der Occupation es unbillig zu seyn scheint, Jemandem das Eigenthum einer Sache zuzusprechen, die ein andrer vor ihm gesehen und sich zuzueignen die Absicht hatte, wenigstens, wenn dieser, sanguinischen Temperaments, wie er war, seinen Fund dem andern voreilig entdeckte, und ihn dadurch in den Stand setzte, ihm in der Occupation zuvorzukommen; allein diese Rücksicht kann hier nicht in Betrachtung kommen, wo es nur darauf ankommt, zu bestimmen, was Rechtens sey. Der Jurist kann den angeführten Fall nicht anders entscheiden, als: der Eine, der den Edelstein zuerst erblickte, hat ihn zuerst occupiren wollen, der andre aber, der ihn ergriff, hat ihn zuerst wirklich occupirt und ist durch Präoccupation zum Eigenthümer geworden.

*) l. 55 D. de acq. rer. dom. Vergl. Westphal, über die Arten der Sachen rc. § 372 S. 295.

Zweiter Abschnitt.

Von der Besitznehmung verlassener und verlorener Sachen.

Von verlassenen Sachen.

§ 14. 1.

Paulus l. 2 pr. D. pro derel. (41, 7): Pro derelicto rem a domino habitam*) si sciamus, possumus acquirere.

§ 47 J. de rer. div. (2, 1): Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici....

Oesterreichisches bürgerl. Gesetzbuch § 386: „Bewegliche Sachen, welche der Eigenthümer nicht mehr als die seinigen behalten will, und daher verläßt, kann sich jedes Mitglied des Staates eigen machen."

Leist, Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse Heft III (Jena 1855) § 25 S. 113—115: Wenn der Rechtssatz das Finden derjenigen Sachen zugelassen hat, die gewöhnlich der eigentlichen Occupation unterworfen sind, wird er dann auch leicht das Finden solcher Sachen als Eigenthumserwerb anerkennen, welche ein Mitbürger im Ueberdruß des Habens erweislich weggeworfen hat. An sich kann das Finden solcher Sachen nur das sein, was es factisch ist, nämlich das Haben der Sache (possessio), aus dem dann vielleicht anderweite positive Rechtssatzung (die Ersitzung) das wirkliche Eigenthumsrecht nach längerem Zeitablauf abzuleiten gestattet. Gesteht aber der Rechtssatz dem Finder dereliquirter Sachen unmittelbar mit dem Acte der Besitzergreifung das Eigenthumsrecht zu, so haben wir einen Eigenthumserwerb vor uns, der schon gar nicht mehr als Consequenz der naturalis ratio betrachtet werden kann, denn die naturale Occupation ist dem Mitbürger gegenüber positivrechtlich ausgeschlossen. Was also der Mitbürger weggeworfen und was ich dann ergreife, kann nicht auf das naturale Princip des Kampf-Erwerbes d. h. des feindlich Jemandem Abgewinnens reducirt werden, so wenig es andererseits auch schon unter ein ferneres Naturalprincip, nämlich das des rein derivativen Erwerbs, zu bringen ist. Man darf nämlich keineswegs, wenn man nicht dem factischen Gehalte der Thatsachen Gewalt anthun will, das Wegwerfen des Derelinquenten nun umgekehrt als den Willen der Uebergabe an den Finder interpretiren. Will man daher rein dogmatisch das Finden derelinquirter Sachen nach seinem factischen wie rechtlichen Fundamente richtig analysiren, so muß man sagen, daß es weder natural-occupativ noch natural-derivativ ist, sondern daß es gar nicht aus einem naturalen Princip sich erklärt. Es ist vielmehr auf ein rein voluntares Factum gebaut, und das was lediglich voluntarium ist kann an sich nie Grund (ratio) des Eigenthums sein, wofern nicht das Bestehen des dieses Factum für genügend erklärenden Rechtssatzes (also eine civilis ratio) vorausgesetzt wird.

Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum Abth. II S. 126: Der

*) Das „habitam" bezieht sich auf die mens des früheren Eigenthümers, dieser muß die Absicht geäußert haben, daß er die Sache nicht mehr als die seinige haben wolle.

Böcking Instit. I S. 307 Note 7.

Digitized by Google

Landrechtsausdruck „verlassene Sachen" ist unklar, weil man fragt, was ist verlassen, Besitz oder Eigenthum, und weil das bloße Verlassen des Besitzes keine Dereliktion ist (deserere ist kein derelinquere).

2. Durch die Zueignung verlassener Sachen kann nur unter der Voraussetzung Eigenthum erworben werden, daß der Verlassende Eigenthümer war. Es kann daher der im § 9 d. T. für ursprünglich herrenlose Sachen aufgestellte Grundsatz auf verlassene Sachen keine allgemeine Anwendung finden. Die Besitznahme einer von einem Nichteigenthümer verlassenen Sache verschafft nur die rechtliche Möglichkeit der Ersitzung.

Paulus l. 4 D. pro derel. (41, 7): Id, quod pro derelicto habitum est, et haberi putamus, usucapere possumus, etiamsi ignoramus, a quo derelictum sit.

3. Es findet Jemand eine vom Eigenthümer verlassene Sache und eignet sich dieselbe, unter Verschweigung des Fundes, in dem Glauben zu, daß der Eigenthümer die Sache wider Willen verloren habe. Erwirbt er das Eigenthum daran?

Nein; so lange sein Irrthum währt, ist er nur als Besitzer der Sache zu betrachten, weil seine Absicht nur auf Erlangung des faktischen, nicht des rechtlichen Gewaltverhältnisses zur Sache, also nur auf Erlangung des Besitzes, nicht auf Erlangung des Eigenthums, das er nach seiner Voraussetzung gar nicht erwerben konnte, gerichtet war.[1]) Er steht in dieser Beziehung einem Diebe gleich, dessen Absicht, die einem Andern weggenommene Sache „sich rechtswidrig zuzueignen,"[2]) nicht den Willen in sich schließt, sich zum Eigenthümer der Sache zu machen, sondern gerade den Vorsatz, sich an fremdem Eigenthume zu vergreifen. Jener Besitz steht jedoch, so lange er dauert, insofern dem Eigenthumsrechte gleich, als der Besitzer auch dem früheren Eigenthümer nicht zu weichen braucht.

Vergl. Ulp. l. 44 § 5 D. de furt. (47, 2): Quodsi dominus id dereliquit, furtum non fit ejus, etiamsi ego furandi animum habuero; nec enim furtum fit, nisi sit, cui fiat; in proposito autem nulli fit, quippe quum placeat Sabini et Cassii sententia, existimantium statim nostram esse desinere rem, quam derelinquimus.

4. Es eignet sich Jemand eine verlorene Sache in dem Glauben zu, daß dieselbe von ihrem bisherigen Eigenthümer verlassen worden sei. Erwirbt er als vollständiger redlicher Besitzer das Eigenthum durch zehnjährigen Besitz?

---

1) l. 4 D. pro derel. (41, 7): Id, quod pro derelicto habitum est, et haberi putamus, usucapere possumus . . .

2) § 215 des Strafgesetzbuches.

Digitized by Google

Man wird diese Frage auch in dem Falle verneinen müssen, wenn der Finder unter den obwaltenden Umständen allen Grund hatte, die Sache für eine verlassene zu halten. Denn bei der Besitznahme einer vermeintlich derelinquirten Sache fehlt jeder „Titel, der an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickt ist." [1]) Der gute Glaube kann ihn nicht ersetzen, da er nur einen Putativ-Titel schafft.

Julian. l. 6 D. pro derel. (41, 7): Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam.

Idem l. 7 eod.: Si quis merces ex nave jactatas invenisset, num ideo usucapere non possit, quia non viderentur derelictae? quaeritur. Sed verius est, eum pro derelicto usucapere non posse.

Javolen. l. 21 § 1 D. de acq. v. am. poss. (41, 2): Quod ex naufragio expulsum est, usucapi non potest, quoniam non est in derelicto, sed in deperdito. § 2. Idem juris esse existimo in his rebus, quae jactae sunt, quoniam non potest videri id pro derelicto habitum, quod salutis causa interim dimissum est.

l. 11 C. unde vi (8, 4): .... Ridiculum etenim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem aliquis quasi propriam occupaverit. Omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios omnibus modis pertinere ...

---

§ 16. 1. § 47 J. de rer. div. (2, 1): ... Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id rerum suarum esse nollet, ideoque statim dominus esse desinit.[2])

Ulp. l. 1 D. pro derel. (41, 7): Si res pro derelicto habita sit, statim nostra esse desinit, et occupentis fit, quia iisdem modis res desinunt esse nostrae, quibus acquiruntur.

Paul. l. 2 § 1 D. eod.: Sed Proculus: non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit; Julianus: desinere quidem omittentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit; et recte.[3])

---

1) § 579 Tit. 9 Th. I A. L. R. „Die (gewöhnliche) Verjährung durch Besitz findet in allen Fällen statt, wo Jemand eine Sache oder ein Recht, aus einem Titel, der an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickt ist, durch die in den Gesetzen bestimmte Frist, ruhig und redlicher Weise besessen hat."

2) Haec definitio duo exigit: primum, ut quis rem amplius suam esse nolit; tum, ut quam non vult esse suam, eam abjiciat. Faciamus ergo, abesse amittendae, aut amovendae a se rei voluntatem: nihil hic amittetur ... E converso, ut maxime nolit quis rem suam esse, nisi tamen aut mobilem abjicit, aut ab immobili discedit, hoc ipso animo, ut nolit in numero rerum suarum esse, dominus non esse desinet. Eaque differentia est inter dominium et possessionem, quod haec solo animo amittitur, dominium non item.
Donell, com. de jure civ. Lib. IV cap. XIII § 4.
Fast wörtlich gleichlautend: Vinnius, com. in § 46 J. 2, 1 nr. 1.
Vergl. Daries, inst. jurispr. univ. (ed. 3 Jen. 1748) § 465. Rem derelinquere idem est, ac efficere, ut res, quae in dominio nostro extitit, fiat nullius. Rem vero in dominio suo existentem casu fortuito non detinere, si cum domini voluntate fiat, rem suam abjicere, si vero inscio atque invito domino fiat, rem suam amittere dicitur.

3) Ueber diesen Schulstreit zwischen den Proculianern und den Sabinianern vergl. Puchta, Cursus der Inst. II S. 685, 686.

Digitized by Google

Böcking, Pandekten des röm. Privatrechts § 150 II S. 128: Auch das gewollte Versetzen der Sache in den Zustand der Herrenlosigkeit, die Dereliction in Anwendung auf das Eigenthum, der Wille des Eigenthümers, nicht mehr solcher zu sein, und die Bethätigung dieses Willens durch Aufgeben des Besitzes der Sache eröffnet Jedem die rechtliche Möglichkeit des Eigenthumserwerbes von ihr durch deren mit Eigenthumsabsicht geschehene Besitzergreifung.

Göschel, Zerstreute Blätter I S. 299: Die Entäußerung ist nur dann eine Dereliction, wenn sie von allem Uebergange auf eine bestimmte oder unbestimmte Person abstrahirt. Darum ist die sparsio s. jactatio missilium keine Dereliction und die Besitzerwerbung derselben keine ursprüngliche, sondern eine translative Erwerbung. § 46 J. de rer. div.

Vergl. auch Gesterding, die Lehre vom Eigenthum und Heimbach in Weiske's Rechtslexicon III S. 329—332.

2. Der § 16 d. T. spricht von der „ausdrücklich (oder stillschweigend) erklärten Absicht, sich der Sache zu entschlagen." Diese Fassung ist offenbar verfehlt. Es handelt sich hier gar nicht um eine Willenserklärung (eine solche deutet auf ein Rechtsgeschäft hin), sondern um eine Willensbethätigung.[1]) Wem gegenüber soll denn jene Erklärung abgegeben werden? Soll etwa der Eigenthümer seinen animus derelinquendi vor Zeugen aussprechen oder gar öffentlich ausrufen?

3. Ueber die Frage:

ob ein Theil einer Sache derelinquirt werden könne,

sprechen sich aus:

Modestin. l. 3 D. pro derel. (41, 7): An pars pro derelicto haberi possit? quaeri solet. Et quidem si in re communi socius partem suam dereliquerit, ejus esse desinit, ut hoc sit in parte, quod in toto.[2]) Atquin totius rei dominus efficere non potest, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat.

Donell. com. de jure civ. Lib. V cap. XV § 12: Quodsi totius rei

---

1) Vergl. Hugo Grotius de jure belli et pacis Lib. III cap. IV § IV: Factis intelligitur derelictum quod abjicitur, nisi ea sit rei circumstantia, ut temporis causa et requirendi animo abjectum censeri debeat.

Bacher in v. Gerber's und Ihering's Jahrbüchern V. (1861) S. 231, 232: Die Eigenthümlichkeit des Eigenthumsrechts, als der rechtlichen Herrschaft über eine Sache erfordert zum Verlust derselben nicht bloß den Willensakt, sondern zugleich eine äußere sichtbare körperliche Veränderung, welche den Willen gewissermaßen versinnlicht, und deshalb erfordert die Dereliktion zugleich die Aufgabe des Besitzes, wie ja auch zum Erwerb des Eigenthums stets der Besitz erforderlich ist.

2) D. h. er hört so auf Miteigenthümer zu sein, wie er durch die Dereliction des solitarischen Eigenthums dieses aufgäbe.

Böcking, Pand. § 157 Note 10.

Digitized by Google

quis dominus sit, jus non patitur, ut partem retineat, partem pro derelicto habeat. Credo, quod reipublicae intersit, rem quamque justos possessores et dominos habere, ut sint, qui vel his locupletiores facti, vel etiam earum nomine reipublicae munera obire possint. Nemo autem facile exstiturus est, qui rem pro parte pro derelicto habitam velit occupare, ut eam cum alio communem habeat. Tum autem beneficium hoc legis est, quod dominis defertur, ut, quod habent, possint pro derelicto habere, ne ipsi earum rerum nomine teneantur.

Böcking, Pandekten § 157 B. II S. 183: Die Dereliction eines realen Theiles einer Sache endigt als Auflösung des Theilverhältnisses das Eigenthum des Derelinquenten als eines Eigenthumsgegenstandes für sich; dagegen ist die eines integrirenden (z. B. der noch nicht separirten Frucht, einer noch mit einer Hauptsache im Accessions-Verhältniß zu einer Einheit verbundenen Sache), so wie die eines idealen Theils durch das Erforderniß der Bethätigung des animus derelinquendi als Aufgeben der Detentation der zu derelinquirenden Sache ausgeschlossen; daher ist auch das Aufgeben eines Miteigenthumsantheils nicht Dereliction, wirkt nicht, daß derselbe eigenthümerlos würde, sondern Accrescenz.

Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum Abth. I S. 28, 29: Der alleinige Eigenthümer einer körperlichen Sache kann einen ideellen Theil nicht derelinquiren, denn ein solcher besteht nur durch das Zusammentreffen mehrerer Sacheigenthümer. Dereliction eines Miteigenthümers ist, was diesen anlangt, möglich, schafft indeß selbstverständlich keine herrenlose Sache, wirkt folglich Anwachsung zu Gunsten der verbleibenden Miteigenthümer. Und eben daraus ergibt sich abermals für den alleinigen Eigenthümer die Unmöglichkeit der Dereliction eines Bruchtheils, denn ihm selbst müßte er sofort wieder zuwachsen.

---

§ 17. Ulp. l. 44 D. de acq. rer. dom. (41, 1): Pomponius tractat: quum pastori meo lupi porcos eriperent, hos vicinae villae colonus cum robustis canibus et fortibus, quos pecoris sui gratia pascebat, consecutus lupis eripuit, aut canes extorserunt, et quum pastor meus peteret porcos, quaerebatur: utrum ejus facti sint porci, qui eripuit, an nostri maneant? Nam genere quodam venandi id erant nacti; cogitabat tamen, quemadmodum terra marique capta, quum in suam naturalem laxitatem pervenissent, desinerent eorum esse, qui cepissent, ita ex bonis quoque nostris capta a bestiis marinis et terrestribus desinant nostra esse, quum effugerint bestiae nostram persecutionem; quis denique manere nostrum dicat, quod avis transvolans ex area aut ex agro nostro sustulit, aut quod nobis milvus eripuit? Si igitur desinit, si fuerit ore bestiae liberatum, occupantis erit, quemadmodum piscis, vel aper, vel avis, qui potestatem nostram evasit, si ab alio capiatur, ipsius fit. Sed putat potius nostrum manere tamdiu, quamdiu recuperari possit, licet in avibus, et piscibus, et feris verum sit, quod scribit. Idem ait: et si naufragio quid amissum sit, non statim nostrum esse desinere; denique quadruplo teneri eum, qui rapuit. Et sane melius est dicere, et quod a lupo eripitur, nostrum manere, quamdiu recipi possit id, quod ereptum est...

Digitized by Google

Gaj. l. 9 § 8 D. eod.: Alia causa est earum rerum, quae in tempestate maris levandae navis causa ejiciuntur; hae enim dominorum permanent, quia non eo animo ejiciuntur, quod quis eas habere non vult, sed quo magis cum ipsa nave periculum maris effugiat. Qua de causa si quis eas fluctibus expulsas, vel etiam in ipso mari nactus lucrandi animo abstulerit, furtum committit.[1])

Javolen. l. 58 D. eod.: Quaecunque res ex mari extracta est, non ante ejus incipit esse, qui extraxit, quam dominus eam pro derelicto habere coeperit.

Ulp. l. 13 pr. D. de acq. v. am. poss. (41, 2): Pomponius refert, quum lapides in Tiberim demersi essent naufragio, et post tempus extracti, an dominium in integro fuerit per id tempus, quo erant mersi? Ego dominium me retinere puto, possessionem non puto . . .

Paul. l. 2 § 8 D. de leg. Rhod. (14, 2): Res autem jacta domini manet, nec fit apprehendentis, quia pro derelicto non habetur.

Julian. l. 8 D. eod.: Qui levandae navis gratia res aliquas *projiciunt*, non hanc mentem habere, ut eas pro derelicto habeant; quippe si invenerint eas, ablaturos, et si suspicati fuerint, in quem locum ejectae sint, requisituros, ut perinde sint, ac si quis onere pressus in viam rem abjecerit, mox cum aliis reversurus, ut eandem auferret.

Christ. de Wolff, instit. jur. nat. et gent. (Hal. 1750) § 204 . . . constat homines, nisi rationis usu destituantur, rerum suarum esse amantes, nec absque ulla urgente ratione quod suum est alterius esse velle; in casu dubio nemo suum jactare praesumitur.[2])

Vergl. Böcking a. a. O. § 155 B. II S. 173—175 und Pagenstecher a. a. O. Abth. II § 5 S. 365, 366.[3])

---

1) § 48 J. de rer. div. (2, 1) enthält dasselbe mit dem Zusatze: Nec longe discedere videntur ab his, quae de rheda currente, non intelligentibus dominis, cadunt.

2) Oesterr. Gesetzbuch § 388: „Es ist im Zweifel nicht zu vermuthen, daß jemand sein Eigenthum wolle fahren lassen . . .“

3) Letzterer sagt: Sachen, welche im Meeressturme, das Schiff zu erleichtern, aus demselben geworfen werden, verlieren ihren Herrn keineswegs. Denn es liegt offen zu Tage, wie sie nicht in dem Sinne hinausgeworfen wurden, weil man sie nicht mehr zu eigen haben will (l. 2, 8 jactu 14, 2), sondern daß man um so mehr mit dem Schiffe selbst der Seegefahr entrinne . . . . Groß ist der rechtliche Unterschied keinen Falls zwischen jenen Sachen und solchen, welche, seitens ihrer Herren unbemerkt, vom rollenden Wagen fallen: § 48 J. r. d. 2, 1. Die Ueberzeugung, man werde sein Eigenthum nie wieder sehen, ist kein Verzicht auf das Eigenthum. Gleichwohl kann verzichtet werden; nur, daß dieß geschehen sei, ist nie zu vermuthen. Erfährt man aber z. B., unsere Sachen seien gestrandet, und erklärt es für nicht der Mühe werth sie den Strandbewohnern wieder abzuverlangen, so hat man verzichtet. Anders, wenn man an ein Strandrecht fälschlich glaubte. Im Ganzen also gibt man im Schiffswurf freiwillig den Besitz auf; das Eigenthum dagegen verliert man nicht: die Sache steht rechtlich der verlorenen, nicht der verlassenen (derelinquirten) gleich. Nähme man selbst ein Verlassen an: dessen Sinn wäre gleichwohl unsre Rettung, nicht aber Eigenthumsverzicht. Zu unsrer Rettung genügt das thatsächliche, mehr als dieses nutzt nicht das rechtliche Aufopfern der Sache. Das Opfer erscheint als vorübergehend, nicht als auf immer geboten.

Digitized by Google

§ 18. 1. Diese Vorschrift ist der Bestimmung des röm. Rechts nachgebildet, daß derjenige, welcher einen kranken, von seinem Herrn hülflos gelassenen Sclaven aufnehmen und wiederherstellen ließ, dadurch Eigenthümer desselben wurde.*)

Koch, Kom. zu § 18 d. T.

2. Unter dem im § 18 gebrauchten Ausdrucke „der bisherige Besitzer" kann nur der bisherige Eigenthümer gemeint sein, da die §§ 14—18 nur von herrenlos gewordenen Sachen handeln, also von Sachen, deren sich der bisherige Eigenthümer entschlägt.

3. Der Eigenthümer eines kranken Pferdes stößt dasselbe von sich. Ein Anderer nimmt das Thier in Besitz; statt jedoch „für dessen Pflege und Wiederherstellung" zu sorgen, tödtet er es und eignet sich das Fell zu.

Ist er dazu berechtigt?

Ja; denn der § 18 ist nicht als eine singuläre, zum Besten eines barmherzigen Samariters gegebene Vorschrift aufzufassen, sondern enthält in der That nichts als die sich ganz von selbst verstehende Anwendung der in den vorhergehenden Paragraphen aufgestellten allgemeinen Grundsätze auf einen speziellen Fall. Denn ein krankes von seinem Eigenthümer verstoßenes Thier muß nothwendig als derelinquirt angesehen werden, und fällt daher dem Occupanten zu, gleichviel, ob

---

Durchaus nicht klar zu unserer Frage stellt sich Ulpian ad Sab. l. 43, 11 furt. 47, 2: Im Zweifel sei der Werfer als ein Verzichtender zu erachten, weil er überzeugt sei, als gewiß annehme, die Sache werde untergehn. Aber dieses Wissen (Glauben) ist kein Wollen. Selbst Ulpian gibt den entgegengesetzten Sinn der That als einen erweislich möglichen zu, daß der Werfer Eigenthümer auf den Fall der Rettung der Sache bleiben wolle. Im Widerspruche zum römischen Juristen müssen wir behaupten, daß, auch wenn der Werfer gar nicht an diese Möglichkeit denkt, dies seinen Sinn und folglich die Bedeutung der positiven That nicht ändert. Wir brauchen uns gar nicht zu stützen auf den in der Natur und im positiven Recht wohlbegründeten Satz, daß Verzichte nie zu vermuthen stehen und streng zu deuten sind. Würde Jemand den Werfer vorher fragen: er würde immer antworten, „die Sache will ich nicht opfern, ich muß." Der Zwang ist allerdings nur ein psychologischer. Aber er bringt nur Besitzespreisgebung hervor; nur diese ist dem Willen geboten. Ueber die Wahrheit hinaus geht der Ausdruck des preuß. L.-R.'s 1, 9 § 17: „Wer durch äußere Umstände genöthigt wird, Sachen wider seinen Willen aus seiner Gewahrsam zu lassen, der hat dadurch sich seines Eigenthums noch nicht begeben." Dagegen spricht das ewig Wahre: Quamvis coactus voluero, volui tamen.

*) l. 2 C. de infant. expos. (8, 52): Unusquisque sobolem suam nutriat. Quodsi exponendam putaverit, animadversioni, quae constituta est, subjacebit. Sed nec dominis vel patronis repetendi aditum relinquimus, si ab ipsis expositos quodammodo ad mortem voluntas misericordiae amica collegerit; nec enim suum quis dicere poterit, quem pereuntem contemsit.

Vergl. l. un. § 3 C. de lat. lib. toll. (7, 6).

Digitized by Google

Mitleid oder Eigennutz diesen zur Besitznahme veranlassen. Die ganze Vorschrift, die sich auch in keinem neueren Gesetzbuche findet, ist daher völlig entbehrlich.

Von verlorenen Sachen.

Joh. Andr. Frommann, Disp. de amissione rerum fortuita. Tub. 1673.

Jac. Born, Disp. de inventione rerum casu amissarum. Lips. 1704.

Wilh. Sell, Versuche im Gebiete des Civilrechts (1833) Abh. VI: Auf welche Weise erwirbt der Finder ein Recht an der gefundenen Sache.

Schenk, über Begriff und Wesen des Funddiebstahls (im Archiv des Crim.-Rechts, neue Folge Jahrg. 1834 S. 234 f.

Friedr. Walther, über den Funddiebstahl, München 1848.

Vorzugsweise aber ist zu verweisen auf die lehrreiche Abhandlung von

Dr. Delbrük: Vom Finden verlorener Sachen (in v. Gerber's und Ihering's Jahrbüchern für die Dogmatik des heut. röm. und deutschen Privatrechts III S. 1—54).

Letzterer sagt im dogmatischen Theile seiner Abhandlung § 6 S. 19—25:

Verlieren und Finden sind zunächst Begriffe des gemeinen Lebens und haben insofern eine weite und unbestimmte Natur, indessen lassen sie sich auch juristisch begrenzen.

1. Nur körperliche bewegliche Sachen können Gegenstand des Verlierens und Findens sein, nicht aber Grundstücke oder Rechte.

2. Es werden Sachen vorausgesetzt, welche sich in Jemandes Eigenthum befinden, nicht hierher gehören deshalb: a. die eigentlichen res nullius; b. res derelictae; c. Schätze, denn diese werden den res nullius gleichgeachtet und unterliegen besonderen Grundsätzen.

3. Der Besitz muß verloren gegangen sein. Sachen, welche sich noch in unserem Besitze befinden, können wir juristisch nicht als verloren gelten lassen, daher gehören nicht hierher: a. bloß verlegte Sachen (l. 3 § 13 de poss. 41, 2), b. Sachen, zu deren Aufbewahrung eine besondere Anstalt getroffen ist, wenn wir sie auch nicht sogleich wieder finden können, z. B. vergrabene Sachen (l. 44 pr. eod. Savigny Besitz S. 397), c. Sachen, von denen der Besitzer weiß, wo sie sich befinden und deren Wiederergreifung kein Hinderniß im Wege steht (l. 3 § 13 cit. Savigny a. a. O.).

4. Der Besitz muß ohne eine hierauf gerichtete menschliche Thätigkeit verloren gegangen sein, daher sind die Fälle der Besitzentsetzung, so wie die der freiwilligen Besitzentäußerung ausgeschlossen.

5. Der Verlust des Besitzes darf nicht den Verlust des Eigenthums herbeigeführt haben, wie bei weggelaufenen wilden Thieren (§§ 12. 14—16 J. de r. d. 2, 1; l. 3 § ult. l. 4. 5 pr. § 4—6 D. de acq. rer. dom. 41, 1).

Digitized by Google

6. Finden ist ein Act der Besitzergreifung, wobei es zunächst gleichgültig ist, ob der Finder die Sache mit der Absicht, sie dem Verlierer wieder zu geben, ergreift, oder ob er sie behalten will. Nothwendig ist aber die Ergreifung des Besitzes, wenn daher Sachen durch Wasser oder Wind oder ein anderes Naturereigniß auf mein Grundstück geführt, von mir aber nicht in Besitz genommen werden (l. 5 § 4, 5, l. 9 § 1 D. ad exh. 10, 4; l. 25 D. de act. emt. 19, 1; vergl. auch l. 15 D. ad exh. und l. 44 D. de poss. 41, 2), so kommen selbständige Grundsätze zur Anwendung. Obwohl dergleichen Sachen verlorene sind, so sind es doch nicht gefundene.

7. Wie oben bemerkt, ist eine liegen gebliebene Sache, sofern sich der Besitzer des Ortes erinnert, nicht verloren. Wenn nun Jemand eine solche Sache findet und aufnimmt, so werden wir sie ohne Zweifel als eine verlorene und gefundene zu behandeln haben, denn nun steht der Wiederergreifung der Sache Seitens des Verlierers ein Hinderniß im Wege; der Besitz geht eben dadurch verloren, daß der Finder die Sache aufnimmt. Dieser Erfolg ist ohne Weiteres klar, wenn der Finder die Sache mit der Absicht, sie zu behalten, ergreift; aber auch dann, wenn er sie mit der Absicht der Rückgabe ergreift, büßt der Verlierer den Besitz ein; denn in Ansehung der Fortsetzung des Besitzes durch Stellvertreter gelten dieselben Grundsätze wie in Ansehung der Erwerbung des Besitzes durch Stellvertreter und der negotiorum gestor verschafft den Besitz nur von der Zeit der Ratihabition an, kann ihn also nicht fortsetzen (Savigny Besitz S. 427 und 365).

Es ist mithin für den Begriff des Findens nicht unbedingt wesentlich, daß die Sache wirklich eine bereits verlorene ist, es kommt nur darauf an, daß der Finder die Sache für eine verlorene hält und daß er sie ergreift (Walther, die Lehre vom Funddiebstahl S. 77).

Gleichgültig ist endlich sowohl in Hinsicht des Begriffes, als in Hinsicht der rechtlichen Folgen, ob der Finder die Sache zufällig antrifft, oder ob er sie gesucht hat (Walther S. 77), ja selbst der Umstand ändert an sich nichts, daß der Finder das Verlieren mit angesehen hat (Walther S. 78).

Dies vorausgeschickt, können wir so definiren:

1. **Verlieren** ist Einbüßen des Besitzes einer körperlichen, beweglichen, in jemandes Eigenthum befindlichen Sache ohne eine darauf gerichtete menschliche Thätigkeit und ohne Aufhebung des Eigenthums.
2. **Finden** ist Antreffen und Ergreifen einer körperlichen beweglichen fremden Sache, die der Finder für eine verlorene hält.

„Häufig wird „Finden" als eine eigene Klasse der Occupation behandelt. Dies ist jedoch falsch; denn Finden ist gar keine juristische Handlung."

Puchta, Vorlesungen B. 1 S. 303.*)

---

*) Vergl. auch Daries, instit. jurispr. univ. (edit. 3. Jen. 1748) § 466. „Manifestum est, solam rei inventionem nec esse justum acquirendi modum, nec justum acquisitionis titulum nos ex eadem posse deducere. Inventio itaque non est rei occupatio, atque ideo dici nequit, quod sit modus acquirendi dominium originarius."


Digitized by Google

Auch unser Landrecht ist in diesen Fehler verfallen, indem es die Besitznehmung verlassener und verlorener Sachen zusammenstellt. Die Vorschriften über die Behandlung gefundener Sachen gehören gar nicht in die Occupationslehre, ja überhaupt nicht in das Civilgesetzbuch. Sie sind theils polizeilicher, theils prozessualischer Natur. Das Finden gibt nur die Gelegenheit zum Eigenthumserwerbe. Dieser wird, nach vorgängigem Aufgebote, erst durch den Zuschlag vermittelt. Es handelt sich daher, neben der polizeilichen Thätigkeit zur Wahrung der Eigenthumsrechte, nur um Acte des Prozeßverfahrens.[1])

Pflichten des Finders.

§ 19. Schon in den Büchern Mosis V. 22 V. 1—3 wird dem Finder die Pflicht eingeschärft, die gefundene Sache dem Eigenthümer zurückzugeben, und sie, wenn er unbekannt, sorgfältig aufzubewahren — ein Satz, den auch die Naturrechtslehrer annehmen,[2]) und den auch das Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch, gleich unserm Landrecht, noch besonders ausspricht.[3]) Allein in der Fassung, wie sowohl das Allg. Land-Recht als das Oesterr. Gesetzbuch hierüber Bestimmung trifft, ist uns damit nichts weiter als der ganz selbstverständliche Satz gegeben, daß der Finder die verlorene Sache sich nicht zueignen darf. Es bleibt daher die Frage übrig:

> ob Derjenige, der eine verlorene Sache zufällig antrifft, verpflichtet ist, dieselbe aufzunehmen, um sie den ihm bekannten oder in der Folge zu ermittelnden Eigenthümer wieder-

---

1) Vergl. Beseler, System des gem. deutschen Privatrechts B. 2 S. 72.

2) Vergl. Daries l. c. § 465 Cor. III: „Si rem, quae adhuc in dominio existit, inveniamus, ea domino restituenda erit. Res tantummodo abjecta et amissa existit adhuc in dominio. Qui ergo ejusmodi rem inveniat, ut eandem domino restituat, tenetur.

Christ. de Wolff, instit. juris nat. et gent. (Hal. 1750) § 261 ... Si quomodocunque res alterius in potestatem tuam veniat, operam dare debes, ut in potestatem domini redeat, consequenter domino, quem nosti, res sua restituenda, si non noris, inquirendum, quinam sit dominus. Exemplo esto res amissa, quae a te invenitur, aut res se movens, quae in fundum tuum ingreditur.

3) § 388. „Es ist im Zweifel nicht zu vermuthen, daß jemand sein Eigenthum wolle fahren lassen; daher darf kein Finder eine gefundene Sache für verlassen ansehen und sich dieselbe zueignen ..."

§ 389. „Der Finder ist also verbunden, dem vorigen Besitzer, wenn er aus den Merkmahlen der Sache, oder aus anderen Umständen deutlich erkannt wird, die Sache zurückzugeben ..."

Digitized by Google

zugeben — also zur Erhaltung fremden Eigenthums eine Thätigkeit aufzuwenden.

Diese Frage wird unbedenklich zu verneinen sein, weil ohne besondere Rechtsgründe Niemand verpflichtet ist, für die Wahrung fremder Rechte thätig zu sein und die Verbindlichkeit des Finders, die verlorene Sache dem Eigenthümer zurückzugeben, erst durch die Besitznahme der Sache, die ein Akt der freien Willkür ist, entsteht.[1]) Man wird daher selbst in dem Falle einen Entschädigungsanspruch des Eigenthümers nicht annehmen können, wenn ein Anderer den Verlust des Eigenthümers selbst wahrnimmt, gleichwohl weder ihn darauf aufmerksam macht, noch die Sache an sich nimmt und diese dadurch dem Eigenthümer unwiederbringlich verloren geht. — Das Mosaische Recht hat allerdings die durch die Nächstenliebe gebotene Pflicht, für die Erhaltung des fremden Eigenthums thätig zu sein, zu einem positiven Rechtssatze erhoben.[2])

---

§ 20. 1.

Delbrück a. a. O. S. 26: Der Finder ist verpflichtet, den Fund der Obrigkeit anzuzeigen. Diese Anzeigepflicht läßt sich allerdings nicht aus dem röm. Recht, wohl aber aus dem deutschen Recht herleiten. Die Quellen des germanischen und des mittleren deutschen Rechts, welche die Sache berühren, sprechen fast ohne Ausnahme diese Verpflichtung aus[3]) und auch die gemeinrechtliche Doctrin erkennt sie an. Freilich drücken sich Viele so aus, der Finder sei verpflichtet, den Fund öffentlich bekannt zu machen; allein die Anzeige bei der Obrigkeit ist nur eine Form der Veröffentlichung und damit ist jene Verpflichtung ebenfalls anerkannt. Wie sehr sie dem modernen Rechtsbewußtsein entspricht, zeigen die Particularrechte, welche durchgängig diese Pflicht dem Finder auferlegen.

Nürnberger Reform. v. 1564, XXI 25 § 2, Oester. G. B. § 388 f.[4])

---

1) So bemerkt auch Delbrück a. a. O. S. 25: Wer eine verlorene Sache zufällig antrifft, ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, dieselbe aufzunehmen und für den Eigenthümer aufzubewahren. arg. l. 43 § 7, 8 D. de furt. (47, 2).

2) V. Mos. 22 V. 1—3: Wenn Du Deines Bruders Ochsen oder Schaf siehest irre gehen, so sollst Du Dich nicht entziehen von ihnen, sondern sollst sie wieder zu Deinem Bruder führen. Wenn aber Dein Bruder Dir nicht nahe ist, und kennest ihn nicht, so sollst Du sie in Dein Haus nehmen, daß sie bei Dir sein, bis sie Dein Bruder suche, und dann ihm wiedergebest. Also sollst Du thun mit seinem Esel, mit seinem Kleide und mit allem Verlorenen.

3) Schon die Leges Barbarorum enthalten darüber detaillirte Bestimmungen. Aehnliches findet sich im nordischen Recht. Siehe die Nachweisungen bei Delbrück a. a. O. S. 9.

4) § 389. „... Ist ihm (dem Finder) der vorige Besitzer nicht bekannt, so muß er, wenn das Gefundene Einen Gulden am Werthe übersteigt, den Fund innerhalb acht Tagen auf die an jedem Orte gewöhnliche Art bekannt machen lassen, und wenn die gefundene Sache mehr als zwölf Gulden werth ist, den Vorfall der Ortsobrigkeit anzeigen."

Digitized by Google

Bayer. Ver. v. 1815, Braunschweig. Ver. v. 1825. Züricher Civ. G. B. § 627. Außerdem fast sämmtliche neuere Strafgesetzbücher.

Vergl. auch Luden in Weiske's Rechtslex. IV S. 431 Note 2, welcher diese Anzeigepflicht schon in der Natur der Sache begründet findet, da das Ansichnehmen einer verlorenen Sache, ohne daß man von dem Funde Anzeige macht, in sich selbst den Beweis trägt, daß man die Absicht gehabt habe, die Sache zu behalten.

Aus diesem Gesichtspunkte fassen auch die Sache auf:

Voet, com. ad P. XLI, 1 Nr. 9: .. Ut tamen inventor deperditorum evitet suspicionem furti, reperta publicae debet custodiae mancipare, vel saltem libello aut publica praeconis voce inventionem significare l. 43 § 8 D. de furtis.*)

Vinnii com. in § 47 J. 2, 1 Nr. 2: . . . Proinde si nescit, cujus sit, recte probeque faciet, si libellum proponat continentem, invenisse se, et redditurum ei, qui suum id esse demonstraverit, hoc enim facto palam ostendet, se non sustulisse eam rem animo furandi.

2. Wenn der Finder einer Sache den Eigenthümer derselben kennt, jedoch dessen Aufenthalt nicht ermitteln kann, ist er zur Vermeidung der in den §§ 70, 71 d. T. angedrohten Nachtheile verpflichtet, den Fund der Obrigkeit anzuzeigen?

Diese Frage wird zu bejahen sein. Der § 20 spricht allerdings nur von dem Falle, wo der Eigenthümer unbekannt ist. Die dem Richter zu machende Anzeige des Fundes hat jedoch nicht bloß den Zweck, die Ausmittelung des Eigenthümers, sondern auch die gerichtliche Verwahrung der Sache zu veranlassen § 23 d. T. Die Anzeige ist daher in allen Fällen unerläßlich, wo der Finder die Sache nicht ohne Weiteres dem Eigenthümer zurückzugeben im Stande ist.

Pflichten des Richters.

§§ 23, 24.

Oesterreich. bürg. Gesetzbuch § 390 „... Kann die gefundene Sache nicht ohne Gefahr in den Händen des Finders gelassen werden, so muß die Sache, oder, wenn diese nicht ohne merklichen Schaden aufbewahrt werden könnte, der durch die öffentliche Feilbiethung daraus gelöste Werth gerichtlich hinterlegt, oder einem Dritten zur Verwahrung übergeben werden."

Der Entwurf eines bürg. Gesetzbuchs für das K. Sachsen v. 1860 § 250 erfordert nur bei Sachen, deren Werth einen Thaler übersteigt, eine innerhalb vier Wochen der Polizeibehörde des Fundortes zu machende Anzeige.

*) Ulp. Proinde videamus, si nescit, cujus esset, sic tamen tulit, quasi rediturus ei, qui desiderasset, vel qui ostendisset rem suam, an furti obligetur. Et non puto obligari eum. Solent plerique etiam hoc facere, ut libellum proponant continentem invenisse, et redditurum ei, qui desideraverit; hic ergo ostendunt, non furandi animo se fecisse.

Digitized by Google

§ 26. 1. Delbrück a. a. O. S. 25, 26: Hat der Finder die Sache aufgenommen, so ist er dem Eigenthümer gegenüber als negotiorum gestor anzusehen;[1]) jedoch wird man ihn nur für dolus verhaftet erklären können, wenn er von Hause aus auf den eventuellen Erwerb der Sache oder auf Finderlohn verzichtet.[2])

In einem Nachtrage zu dem gedachten Aufsatze (S. 54 f.) bemerkt Delbrück:

„Es ist das Bedenken angeregt, ob es denn richtig sei, den Finder zu einem neg. gestor des Eigenthümers zu stempeln und ihn also der Gefahr eines Regresses Seitens des Letzteren für den Fall auszusetzen, daß er die Sache an den Unrechten abliefert. Das Finden allein bewirke kein obligatorisches Verhältniß, der Finder könne die bereits aufgenommene, vielleicht auch mitgenommene Sache wieder wegwerfen, das Verhältniß sei nur nach außercontractlichen Grundsätzen zu beurtheilen und soweit sei nur eine dolose Entäußerung von Einfluß. Ich kann diese Auffassung nicht theilen. Wenn der Finder die gefundene Sache in der Absicht aufnimmt, sie dem Eigenthümer, sobald er ermittelt worden, zurückzugeben, so ist das ein Vorgang, welcher alle Merkmale einer neg. gestio enthält. Der Finder besorgt fremde Geschäfte ohne Auftrag und in der Absicht, das Beste des Eigenthümers wahrzunehmen. Das Geschäft besteht in dem Ergreifen des Besitzes, Aufbewahren und Erhalten der Sache, z. B. Füttern verlaufenen Viehes. Freilich ist das Geschäft nicht rechtlicher, sondern zunächst nur factischer Natur, allein es kommt nicht darauf an, von welcher Art die besorgten Geschäfte sind.[3]) Auch der Umstand wird nicht im Wege stehen, daß die Person des Geschäftsherrn vorerst noch unbekannt ist.[4]) Demnach scheint kein Grund vorhanden zu sein, das Entstehen der Obligation zwischen dem Finder und dem Eigenthümer zu verneinen, insbesondere wird man dem Finder nicht die Befugniß einräumen können, die aufgenommene Sache wieder wegzuwerfen. Geschieht dies freilich sofort und auf derselben Stelle, wo die Sache gefunden, so hat das momentane Aufnehmen allerdings keine rechtliche Bedeutung und zwar schon deshalb nicht, weil man unter diesen Umständen nicht annehmen kann, daß das Aufnehmen in der oben angegebenen Absicht geschehen sei. Anders aber stellt sich das Verhältniß, wenn das Wegwerfen längere Zeit nach der Aufnahme und an einer andern Stelle erfolgt. Man bedenke nur, daß hierdurch dem Verlierer die Möglichkeit entzogen wird, die verlorene Sache durch Suchen an dem Orte, wo sie verloren ist, wieder zu erlangen. Ein Finder, der so handelt, verletzt nicht nur eine sittliche Pflicht, sondern auch eine Rechtspflicht. Ebensowenig darf aber auch der Finder die Sache ohne alle Prüfung einem unberechtigten Prätendenten ausliefern, weil er als neg. gestor zur Sorgfalt verpflichtet ist und eine Hingabe ohne alle Prü-

1) Schweppe, Röm. Privatrecht § 236.
2) arg. l. 3 § 9 D. de neg. gest. (3, 5), Glück V S. 368, Holzschuher, Theorie und Casuistik III S. 599.
3) l. 6 § 2 D. de neg. gest. Sintenis Civilr. II S. 583. Koch, Recht der Ford. III S. 493 Anm. 4.
4) Vergl. l. 5 § 1, l. 6 § 7, 9, l. 45 § 2 D. l. c. l. 14 § 1 D. com. div. (10, 3).

Digitized by Google

fung sogar als lata culpa anzusehen sein würde. Hieraus ergibt sich aber auch, daß man selbst bei bloßer Annahme außercontractlicher Grundsätze in dieser Beziehung zu demselben Resultate gelangt, denn auch in Ansehung dessen, qui desiit possidere, steht lata culpa dem dolus gleich.[1]) — Uebrigens ist wohl zu beachten, daß es sich nicht bloß um Pflichten, sondern auch um Rechte des Finders handelt, die aus der neg. gestio abzuleiten sind. Denn ohne Annahme dieser Obligation würde man dem Finder wegen seiner Auslagen neben der Retention der Sache schwerlich eine Klage gewähren können."

2. Gebühren dem Finder, welchem der Richter die Verwahrung der Sache überträgt, die Nutzungen derselben?

Nein; weil das Gesetz ihm nur in Bezug auf die **Verwahrung** der Sache, die wegen des Finderlohns so wie wegen der eventuellen Aussicht auf den Zuschlag der Sache zugleich in seinem Interesse erfolgt,[2]) nicht aber in Bezug auf den **Fruchtgenuß** die Rechte eines unvollständigen Besitzers beilegt und in letzterer Hinsicht auch nicht beilegen konnte, da sein Besitz aufhört ein redlicher zu sein, sobald er sich ein Nutzungsrecht anmaaßt, von dem er weiß, daß es nur dem Eigenthümer der Sache zusteht. Hiermit stimmen auch die §§ 29 und 61 d. T. überein, welche den Finder verpflichten, die etwa gezogenen Nutzungen auf die zur Erhaltung der Sache verwendeten Kosten zu verrechnen.[3]) Es hat daher auch der Finder auf die Zinsen des in gerichtliche Verwahrung genommenen Kaufgeldes (§ 30), falls der Eigenthümer ermittelt wird, keinen Anspruch.[4])

Aufgebot gefundener Sachen.

§§ 31—37. 1.

Delbrück a. a. O. S. 28: Für das Aufgebot haben Particularrechte feststehende Fristen und Formen, wo diese fehlen, entscheidet das Ermessen des Richters, welches sich im Wesentlichen nach dem Werth der Sache richtet. An einer ein für alle Mal bestimmten Frist fehlt es im gemeinen Recht, denn man wird schwerlich **Walther**, Lehre vom Funddiebstahl S. 88, beistimmen, welcher meint, es müsse in der Regel die germanistische Frist von Jahr und Tag angenommen werden, obwohl nichts dagegen zu erinnern ist, wenn das richterliche Ermessen hier einen Anhaltspunkt und Maaßstab zu gewinnen sucht. Uebrigens ist nicht zu schnell mit dem Aufgebot vorzugehen, da vielleicht der Eigenthümer sich schon von selbst meldet und alsdann unnütze Kosten erspart werden können.

---

1) **Mommsen**, die Unmöglichkeit der Leistung S. 2 A. 4.

2) **Koch**, Komment. zum A. L. R. I. S. 426.

3) Vergl. unten die Glosse zu § 61 d. T.

4) Oesterreich. Gesetzbuch § 392. „... Meldet sich der vorige Inhaber in der Folge, so muß ihm.. die Sache oder der gelöste Werth **sammt den etwa daraus gezogenen Zinsen** zurückgestellt werden.."

Digitized by Google

Oesterreich. bürg. Gesetzbuch § 390. „Die Obrigkeit hat die gemachte Anzeige, ohne die besonderen Merkmahle der gefundenen Sache zu berühren, ungesäumt auf die an jedem Orte gewöhnliche Art; wenn aber der Eigenthümer in einer den Umständen angemessenen Zeitfrist sich nicht entdeckt, und der Werth der gefundenen Sache 25 Gulden übersteigt, drey Mahl durch die öffentlichen Zeitungsblätter bekannt zu machen . . ."

§ 391. „Wenn sich der vorige Inhaber oder Eigenthümer der gefundenen Sache in einer Jahresfrist, von der Zeit der vollendeten Kundmachung meldet, und sein Recht gehörig darthut, wird ihm die Sache oder das daraus gelöste Geld verabfolget . . . ."[1])

2. Ist der Eigenthümer einer verlorenen Sache zwar bekannt, jedoch sein Aufenthalt nicht zu ermitteln, so liegt der Fall eines unter Androhung der Präclusion zu erlassenden öffentlichen Aufgebotes nicht vor. Denn das förmliche Aufgebot der Sache mit der daran geknüpften Wirkung setzt die Ungewißheit voraus, ob die Sache noch einen Herrn habe. Steht aber die Nicht-Herrenlosigkeit derselben fest, so darf ihr der Richter nicht durch sein Zuschlagserkenntniß einen neuen Herrn geben.

---

§§ 38, 39.

Delbrück a. a. O. S. 51, 52: Häufig macht der Finder den Fund seinerseits bekannt und Particularrechte haben bei Sachen von sehr geringem Werth einer solchen Privatanzeige gewisse Wirkungen beigelegt.[2]) Vom Standpunkt der Gesetzgebung ist dagegen gewiß nichts zu erinnern und es möchte sich vielleicht sogar rechtfertigen, dem gemeinrechtlichen Richter auch hierin einen gewissen Spielraum zuzugestehen, indem man ihm nachläßt, bei Sachen von ganz geringem Werth den Schlußbescheid ohne richterliches Aufgebot zu geben. Ohne alle Mitwirkung des Richters ist eine Privatbekanntmachung des Finders nicht geeignet, ihm die Möglichkeit des Erwerbes zu eröffnen.

Oesterr. bürg. Gesetzbuch § 389. „. . . Ist ihm (dem Finder) der vorige Besitzer nicht bekannt, so muß er, wenn das Gefundene Einen Gulden am Werthe übersteigt, den Fund innerhalb acht Tagen auf die an jedem Orte gewöhnliche Art bekannt machen lassen, und wenn die gefundene Sache mehr als zwölf Gulden werth ist, den Vorfall der Ortsobrigkeit anzeigen."

Entwurf eines bürg. Gesetzbuchs für das K. Sachsen von 1860 § 251. „Uebersteigt der Fund den Werth eines Thalers nicht, so erwirbt der Finder das Eigenthum nach Ablauf eines Jahres von der Zeit des Fundes

---

1) Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das K. Sachsen von 1860 § 250 erfordert eine einmalige und bei einem Betrage über 50 Thlr. eine zweimalige Bekanntmachung des Fundes in einem öffentlichen Blatte Seitens der zuständigen Behörde und spricht dem Finder das Eigenthum zu, wenn von der Zeit der einmaligen oder letzten Bekanntmachung an, binnen Jahresfrist, kein zur Erhebung des Fundes Berechtigter sich gemeldet hat.

2) Preuß. L. R. I. 9 § 38. Braunschweigsche Ver. bei Steinacker S. 396. Züricher Gesetzb. § 627.

Digitized by Google

an, ohne daß es einer Anzeige bei der Polizeibehörde oder einer öffentlichen Bekanntmachung bedarf."

Zuschlag der gefundenen Sache, wenn der Verlierer sich nicht meldet, an den Finder und an die Armencasse.

§§ 43—48. 1.

Delbrück a. a. O. S. 35 f.: Der Schwerpunkt der ganzen Lehre über das Finden verlorener Sachen ist die Frage, wem die gefundene Sache gebührt, wenn sich kein Eigenthümer meldet. Das röm. Recht schweigt hierüber gänzlich ... Die ältere Theorie ist von der germanischen Richtung beherrscht.[1]) Die Meisten überweisen den Fund den Armen, oder wollen ihn zu sonstigen milden Zwecken verwenden, nur wenn der Finder selbst arm ist, soll er Sachen von geringerem Werthe behalten dürfen. Seltener ist die Meinung, daß der Fund dem Fiskus, dem Richter oder Bischof gebühre.[2]) Alle diese Ansichten haben sich nicht halten können. Im Laufe des 17. und 18. Jahrhunderts stellt sich die gemeine Meinung dahin fest, daß dem Finder und ihm allein die gefundene Sache gebühre, jedoch fehlt es allerdings hinsichtlich des Näheren sehr an Uebereinstimmung und der heutigen Wissenschaft fällt die wichtige Aufgabe zu, die Natur dieser Art des Eigenthumserwerbes juristisch zu bestimmen.

Nach einer sehr verbreiteten Meinung kommt der Finder in die Lage,

---

1) Sehr verschieden wird in den german. Rechtsquellen diese Frage behandelt. Der Sachsenspiegel gibt dem Richter 2 Theile und dem Finder den 3. Theil, ebenso das görlitzer Landrecht. In einigen Weisthümern wird die Sache, falls sie von geringem Werthe ist, dem Finder allein überlassen. Grimm II S. 47, 48, 55. Dagegen wird häufig dem Finder jede Berechtigung abgesprochen. Der Schwabenspiegel gibt dem Reich die Hälfte und einem Gotteshaus die andere, denen es überlassen bleibt, ob sie dem Finder eine Belohnung zukommen lassen wollen. Das culm. Recht gibt die Hälfte dem Grundherrn des Fundortes und die andere Hälfte Anstalten zu milden Zwecken. Ein Bremer Ordel gibt den Fund der Obrigkeit, das Weisthum von Taben dem Grundherrn, das rissenthaler Weisthum (Grimm S. 45, 71) ꝛc., sofern die Sache einen gewissen Werth erreicht, dem Hochgerichtsherrn.
Delbrück a. a. O. S. 13.

2) Bartolus (zu l. 15 de poss. Nr. 4): ... Sed si non putavit (rem habitam pro derelicto), debet eam dare pauperibus pro anima ejus, cujus fuit.
Joh. Faber (zu § ult. J. de rer. div.): .. Si nullus requirat, poterit retinere si sit pauper, si sit dives, dabit pro deo. Hodie autem nostri justitiarii regis franciae sibi usurparunt quod sic inventa faciunt sibi reddi et trahunt ad emendas non reddentes, quod est contra jus et malefaciunt.
Ebendas. S. 15.
Voet, com. ad P. XLI, 1 Nr. 9: .. inventor deperditorum reperta debet publicae custodiae mancipare .. et si nullus ea vindicet, vel fisco vel pauperibus tandem cedant ... nisi forte rectius haec tunc thesauro aestimaveris, cum non magis eorum, quam thesauri, dominus appareat, ubi nihil de hisce statuto cautum invenitur.
Vinnii com. in § 47 J. 2, 1 Nr. 3: Quid ergo, si post hujusmodi libellum propositum aut (sicubi consuetudo) post insinuationem praeconis voce factam, nemo sese offerat, qui rem inventam ut suam repetat. Poterit inventor, si pauper est, eam sibi ceu munere dei collatam retinere: sin dives est, bene et pie fecerit, si in usus et alimoniam pauperum eam convertat...

Digitized by Google

usucapiren zu können ...[1]) Diese Meinung ist sicherlich zu verwerfen. Dem Finder fehlt 1. der gute Glaube. Man hat zwar gesagt, durch das Aufgebot und den Ablauf der Meldungsfrist werde festgestellt, daß die Sache herrenlos sei und daraus erwachse dem Finder der gute Glaube. Allein, wenn es wahr ist, daß alsdann die Herrenlosigkeit feststeht, so bedarf es keiner Usucapion. Dem Finder fehlt aber auch 2. der Titel; pro derelicto kann nur usucapirt werden, wenn eine Sache wirklich derelinquirt ist und zwar Seitens des Nichteigenthümers. Deshalb liegt auch dem röm. Recht nichts ferner als eine Usucapion gefundener Sachen.[2]) — Richtiger ist daher entschieden die Meinung, welche den Eigenthumserwerb des Finders ohne Vermittelung der Usucapion vor sich gehen läßt. Dies ist zunächst ein negativer Satz und es ist nothwendig, die Art des Erwerbes auch positiv zu bestimmen; hier hat man aber wieder verschiedene Wege eingeschlagen... Es heißt der Schwierigkeit aus dem Wege gehen, wenn man, wie das Preuß. Landrecht und das Braunschweigsche Gesetz den Uebergang des Eigenthums durch den Zuschlag des Richters vermitteln läßt. Mit Recht erinnert Gans, Beiträge S. 18 f., daß dann der Finder das, was er erwerbe, nicht durch das Finden, sondern durch den Zuschlag erwerbe, der ursprünglichen Erwerbungsart werde eine mittelbare untergeschoben. Man kann auch fragen und die Beantwortung dieser Frage kann, je nachdem sie ausfällt, wichtige Folgen haben, wer denn in der Zwischenzeit zwischen dem Finden und dem Zuschlag Eigenthümer gewesen? Bornemann, Pr. Civilrecht § 78, glaubt das L. R. durch die Bemerkung rechtfertigen zu können, die Adjudication sei nur der öffentliche Ausspruch, durch welchen die gefundene Sache für eine derelinquirte und die Besitznahme des Finders für eine wirksame erklärt werde. Allein dieser Auslegung steht doch wohl die Fassung des § 49 d. T. bestimmt entgegen. Man sieht, daß dieser Ausweg des richtlichen Zuschlags nur neue Schwierigkeiten bereitet... Die einzig richtige Auffassung, welche denn auch von der Mehrzahl getheilt wird, ist die, daß die gefundene Sache als herrenlos behandelt und als eine occupirte dem Finder überlassen wird. Diese Auffassung basirt auf der Voraussetzung, daß das Eigenthum des früheren Besitzers durch Aufgebot und Präclusion untergeht.

Der Verf. sucht hierauf, diese Voraussetzung gegen etwaige Einwendungen sicherzustellen, verbreitet sich über das den Römern unbekannte, aus der germanischen Extinctivverjährung entwickelte Institut der Edictalladung unbekannter Interessenten mit der Wirkung der Präclusion und dessen Anwendbarkeit auf gefundene Sachen und bezeichnet die Ansicht, welche dem Finder nach dem Aufgebote nur einen Ersitzungsbesitz gibt, als eine auf einem Mißverständnisse sowohl der deutschen Extinctiv-Verjährung als des Ersitzungsbegriffes beruhende Zuthat, als „eine trübe Mischung rö-

---

1) **Bartolus** (zu l. 15 de poss. Nr. 4). Si quidam putabat rem habitam pro derelicta, potest licite retinere et usucapere eam titulo pro derelicto.
Berger oecon. jur. Lib. II tit. II th. 12: Quodsi dominus non compareat, aut dominium minus probet jure civili, res inventa relinquitur inventori, ut eam usucapiat pro derelicto.

2) Siehe oben die Stellen zu § 14 Nr. 4. Vergl. auch **Wilh. Sell**, Versuche im Gebiete des Civilrechts Th. I Nr. IV.

Digitized by Google

mischer und germanischer Elemente."*) Der Schwierigkeit, welche aus der Erwägung entsteht, daß ein redlicher Finder zur Zeit der Aufnahme der Sache dieselbe nicht occupiren, sondern dem Eigenthümer zurückgeben wollte und daher späterhin, nachdem die Herrenlosigkeit festgestellt worden, um zum Eigenthum zu gelangen, den Occupationswillen erst fassen müßte, begegnet er mit der Bemerkung: „Wir können dem Finder zur Zeit der Aufnahme der Sache ohne Gewaltsamkeit eine doppelte Absicht zuschreiben: er will die Sache dem Eigenthümer zurückgeben, falls er zu ermitteln ist, er will aber, falls dies nicht möglich ist, selbst die Sache behalten. Beide Intentionen sind alternativ bedingt. Nachdem nun die Bedingung der einen Absicht ausgefallen, ist solche überhaupt erledigt und es bleibt nur noch die andere Intention, deren Bedingung eingetreten ist, bestehen. Somit steht jetzt, ohne daß es einer weiteren Erklärung Seitens des Finders bedürfte, fest, daß eine Occupation mit der Wirkung des Eigenthumserwerbes stattgefunden hat...... Wenn der Finder zunächst die eventuelle Absicht des Behaltens aus Rechtsunkenntniß nicht hat, so wird ihn der weitere Verlauf der Sache bald genug aufklären und er wird alsdann über seine Absicht ins Klare kommen, die dann unzweifelhaft auf die Zeit des Ergreifens der Sache zurückzubeziehen ist .."

2. Ueber die Art der Thätigkeit, welche der Richter nach Ablauf der Präclusivfrist zu entwickeln hat, spricht sich Delbrück a. a. O. dahin aus:

Der Richter hat zunächst jedenfalls die Präclusion des bisherigen Eigenthümers, überhaupt die Präclusion aller derer, welche sich mit ihren Rechten und Ansprüchen nicht gemeldet haben, auszusprechen; aber es fragt sich, ob der Richter damit genug gethan, ob er nicht auch das gegenwärtige Rechtsverhältniß festzustellen hat? Man könnte dafür anführen, es werde dem Publicum zu viel zugemuthet, wenn ihm überlassen bleibe, die rechtliche Folgerung, daß nunmehr der Finder Eigenthümer sei, selbst zu ziehen, es gehe dies um so weniger an, als ja die Rechtsansicht der Männer von Fach keineswegs feststehe; der Richter müsse, wenn man auch einen förmlichen Zuschlag, eine Uebereignung verwerfe, wenigstens in declaratorischer Weise, wie Bornemann dies ausdrückt, sich dahin aussprechen, daß die Besitznahme des Finders wirksam geworden sei. So scheinbar diese Argumente klingen, so möchte doch wohl die richtige Ansicht die sein, daß sich der Richter auf die Präclusion zu beschränken hat. Daß sich in Folge des Aufgebots niemand gemeldet hat, steht unzweifelhaft fest und so kann und muß der Richter die Präclusion aussprechen; daß aber

*) Die hier getadelte Auffassung findet sich im Oesterr. Gesetzbuch § 392: „Wird die gefundene Sache innerhalb der Jahresfrist von niemanden mit Recht angesprochen, so erhält der Finder das Recht, die Sache oder den daraus gelösten Werth zu benützen ... Erst nach der Verjährungszeit erlangt der Finder, gleich einem redlichen Besitzer, das Eigenthumsrecht."
Vergl. Züricher Gesetzbuch § 964: „Wird innerhalb der gesetzten Frist der Besitzer nicht entdeckt, so fällt der Fund dem Finder in der Regel zu Eigenthum zu. In wichtigen Fällen und aus besonderen Gründen kann das Gericht dem Finder vorerst nur das Benutzungsrecht zusprechen unter Vorbehalt der Ersitzung."

Digitized by Google

der Finder Eigenthümer geworden ist, steht im einzelnen Falle nicht unzweifelhaft fest und deshalb darf sich der Richter durch jene Argumente nicht bestimmen lassen, dies auszusprechen. Zunächst wird der Finder nur dann Eigenthümer, wenn er es werden will; hat er den Fund nur deshalb angezeigt, um etwa weiterer Verantwortung enthoben zu sein, so ist er nicht Eigenthümer geworden und die Folge der Präclusion ist nur die, daß die Sache herrenlos geworden ...

Diese Ausführungen, so richtig sie nach allgemeinen Grundsätzen sein mögen, treffen für das Preuß. Recht schon aus dem Grunde nicht zu, weil dasselbe, wenn der Werth der gefundenen Sache 100 Thlr. übersteigt, der Armencasse des Orts einen Antheil am Funde zuweist*) und die letztere, als eine bei dem Funde ganz unthätige Person, nur auf mittelbare Weise, nämlich durch den Ausspruch des Richters, ein Anrecht an der gefundenen Sache erwerben kann. Das Preuß. Landrecht spricht daher auch ausdrücklich von einem an den Finder bez. an die Armencasse des Orts zu geschehenden Zuschlage und stellt im § 49 als allgemeinen Rechtssatz auf: daß durch den Zuschlag der Finder und die Armencasse das Eigenthum der Sache *erlangen*.

3. Es läßt sich die Frage aufwerfen:

ob, wenn die Person des Verlierers von einem Andern dem Richter ohne Auftrag des Verlierers angezeigt wird, Letzterer aber selbst bei dem Aufgebotsverfahren sich nicht meldet, der Zuschlagsbescheid erlassen werden kann?

Unter der Voraussetzung, daß jene Anzeige genügend bescheinigt ist oder sonst vollkommen glaubwürdig erscheint, wird diese Frage zu verneinen sein. Denn so lange der Zuschlag nicht erfolgt ist, ist das Aufgebotsverfahren sofort einzustellen, sobald sein nächster Zweck, die Ausmittelung des Eigenthümers, auf die eine oder die andere Art erreicht ist. Auf welche Weise dies geschehen: ob durch die Meldung des Eigenthümers, oder durch die glaubwürdige Anzeige eines ohne besondere Ermächtigung das Interesse des Eigenthümers wahrnehmenden Dritten, ist an sich gleichgültig, da der Zuschlag an den Finder nicht aus dem Grunde erfolgt, weil der Verlierer in der bestimmten Frist sich nicht gemeldet hat, sondern weil derselbe in der bestimmten Frist nicht bekannt geworden ist.

---

*) Mit Recht tritt Koch in seinem Kom. zu § 45 d. T. der Bemerkung von Suarez in seinem amtlichen Schlußbericht entgegen, daß diese Vertheilung eines beträchtlichen Fundes zwischen dem Finder und den Armen schon von gemeinrechtlichen Schriftstellern als üblich und billig bezeichnet sei.


Digitized by Google

4. Wie ist zu verfahren, wenn der Finder den Erwerb ausschlägt? Delbrück a. a. O. S. 52 bemerkt in Betreff dieses Falles:

Schlägt der Finder den Erwerb aus, so bleibt die Sache eine herrenlose und ist als solche zu behandeln.

Dies gilt auch nach dem Preuß. Recht, aber nur für den Fall, wenn der Finder ein alleiniges Anrecht an die Sache hat, weil diese alsdann als eine herrenlose dem freien Occupationsrechte jedes Dritten unterworfen wird. Gebührt dagegen der Armencasse ein Antheilsrecht, so muß sich dasselbe bei dem Wegfallen des Finderrechts auf die ganze Sache ausdehnen, da kein Anderer als der Finder neben der Armencasse einen Anspruch auf den Zuschlag der Sache hat.

Wirkung dieses Zuschlages.

Vergl. Bornemann, system. Darstellung des Preuß. Civilrechts B. 1 S. 15 und Note 4.

§ 49. Es fragt sich:

ob durch den Zuschlag einer gefundenen Sache, gleich dem Eigenthumsrechte des Verlierers, auch alle Ansprüche Dritter daran aufgehoben werden.

Dies ist unbedenklich zu bejahen. Durch den Zuschlagsbescheid wird festgestellt, daß die Sache als herrenlos anzusehen und eben deshalb vermöge des Occupationsrechtes dem Finder zugefallen sei. Letzterer tritt daher keinesweges bloß in das Recht des vorigen Eigenthümers ein, sondern hat ein ganz neues, selbständiges Eigenthum an der Sache erworben. Aus diesem Grunde sind alle Ansprüche Dritter erloschen, welche von dem Bestehen des früheren Eigenthumsrechtes abhingen.[1])

---

§§ 50—54.

Delbrück a. a. O. S. 50, 51: Nicht selten macht der Verlierer den Verlust in öffentlichen Blättern bekannt und es ist denkbar, daß er gleichwohl aus Unachtsamkeit das Aufgebot des Richters übersieht und die Meldung unterläßt. Eine solche Privatbekanntmachung des Verlierers muß für einflußlos erachtet werden, sie kann nur in Verbindung mit andern Umständen ein Restitutionsgesuch begründen. Man hat zwar gesagt, der Schlußbescheid des Richters beruhe auf der Annahme, daß der Eigenthümer die Sache derelinquirt habe, eine solche Annahme stehe aber mit der erfolgten Bekanntmachung in directem Widerspruch.[2]) Allein es ist zu erwägen, daß dergleichen Rechtsannahmen formeller Natur sind und bei Kräften bleiben, wenn der Einspruch nicht in formell vorgeschriebener

1) Vergl. § 33 Tit. 19 Th. I Allg. Land-Recht.

2) Bornemann a. a. O. S. 17.

Digitized by Google

Art erfolgte. Was würde man dazu sagen, wenn der Beklagte, der im Termine zur Klagebeantwortung ausbleibt, den Folgen der Contumaz dadurch ausweichen zu können glaubte, daß er seine Klagebeantwortung in einer Zeitung abdrucken ließe? Anderer Meinung sind die Verfasser des Preuß. Landrechts gewesen. Dies führt zu der Monstrosität, daß der Richter während der mitunter langen Präclusivfrist alle öffentlichen Blätter seiner Provinz durchlesen muß, weshalb der Justiz-Minister die Weisung erlassen hat, nicht eher mit dem Zuschlage zu verfahren, bis ein Zeugniß der Provinzialbehörde oder Orts-Intelligenz-Expedition beigebracht worden, daß die Anzeige nicht erfolgt sei.[1]) Mit Recht trägt Bornemann a. a. O. darauf an, diese dem Richter auferlegte Pflicht zu streichen. Wir haben es hier mit einem Ausfluß jenes bekannten landrechtlichen Princips zu thun, welches man nicht mit Unrecht als eine Despotie der Billigkeit bezeichnet hat.

---

§§ 55, 56.

Vergl. Daries, inst. jurispr. univ. § 467 Cor. VI: ... ponamus ex intervallo rei inventae dominum apparere, necesse quidem est, ut domino, quoniam habet jus, rem suam vindicandi, restituatur, si vero ejusmodi inventor rem illam deteriorem reddiderit, nulla erit ratio, ex qua, ut domino damnum praestare debeat, possit deduci.

Oesterr. bürg. Gesetzbuch § 392. „Wird die gefundene Sache innerhalb der Jahresfrist von niemanden mit Recht angesprochen, so erhält der Finder das Recht, die Sache oder den daraus gelösten Werth zu benützen. Meldet sich der vorige Inhaber in der Folge, so muß ihm nach Abzug der Kosten und des Finderlohnes die Sache oder der gelöste Werth sammt den etwa daraus gezogenen Zinsen zurückgestellt werden . ."

Was Rechtens, wenn der Verlierer sich meldet.

§§ 57—60.

Delbrück a. a. O. S. 29 ff.: Es ist zunächst Sache dessen, der sich als Eigenthümer meldet, dem Finder die Ueberzeugung von seinem Rechte zu verschaffen; denn dieser würde sich dem wahren Eigenthümer verantwortlich machen können, wenn er die Sache ohne Prüfung einem Unberechtigten gegeben hätte. Zur Legitimation des Verlierers genügt aber, daß er diejenigen Thatsachen darthut, welche zur Begründung der dinglichen Klage gegen den einfachen Besitzer erforderlich sind. Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn die Sache sich in gerichtlicher Verwahrung befindet, d. h. der Richter hat sich mit der Legitimationsfrage von Amtswegen gar nicht zu befassen, sondern sich lediglich nach den Anträgen des Finders zu richten. Hieraus folgt, daß auch eine im gerichtlichen Gewahrsam befindliche Sache dem Verlierer auf den Antrag des Finders herauszugeben ist, sei es auch, daß über das Eigenthum des Prätendenten gar nichts erhellt. Das Anerkenntniß des Finders genügt. Nur strafrechtliche Rücksichten, etwa der Verdacht der Collusion mögen eine Aenderung herbeiführen.[2]) Können sich der Prätendent und der Finder nicht einigen, so muß Ersterer

---

1) Vergl. v. Rönne, Ergänz. und Erläut. des Allg. Landrechts B. I S. 222.
2) Bornemann, Pr. Civilrecht § 78 a. E. S. 18.

Digitized by Google

auf den Prozeßweg verwiesen werden. Schreitet nun der Prätendent zur Klage gegen den Finder, so ist dies recht eigentlich ein Fall der dinglichen Klage des deutschen Rechts aus älterem Besitze. Der Kläger hat also, da der Besitz des Beklagten feststeht, nur seinen eigenen früheren Besitz zu beweisen ....[1])

Was der Verlierer dem Finder zu leisten habe.

§ 61. „nach Abzug der davon etwa gefallenen Nutzungen."

Delbrück a. a. O. S. 33 Note 8: Handelt es sich um ein nutzbares Thier, so kommen einerseits die Fütterungskosten, andererseits die Früchte und Vortheile in Betracht. Hierbei kann man zweifeln, ob beides ohne Aufrechnung mit einander zu compensiren[2]) oder ob die Beträge zu spezifiziren sind und der Saldo zu erstatten ist. Letzteres möchte das Richtigere sein.[3])

§§ 61—66. 1.

Delbrück a. a. O. S. 33—35: Der Punkt in Betreff des Fundgeldes ist nicht ohne Zweifel. Ulpian erkennt den Anspruch darauf nicht an,[4]) aber auch das ältere deutsche Recht variirt stark in dieser Beziehung,[5]) und so ist es denn sehr erklärlich, daß die meisten Schriftsteller sich dagegen aussprechen,[6]) wobei sie unter Hinweis auf l. 15 D. de praescr. verb. (19, 5) den Unterschied zwischen einem vorher versprochenen und einem nicht versprochenen Finderlohn zu erörtern pflegen. Allein auch die andere Meinung ist nicht unvertreten. Besonders hervorzuheben sind Angelus

1) Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts § 58 f.

2) l. 30 § 1 D. de aed. ed. (21, 1), l. 18 § 2 D. commod. (13, 6).

3) Vergl. Christinaeus V. dec. 14 Nr. 12, Glück, Com. B. 20 S. 85, 69. Holzschuher III S. 317.

4) l. 43 § 9 D. de furt. (47, 2): Quid ergo, si εὕρετρα (id est inventionis praemia), quae dicunt, petat? Nec hic videtur furtum facere, etsi non probe petat aliquid.

5) Nach der Lex Wisig. VIII. 5 Nr. 6 hat der Finder Anspruch auf Erstattung der Auslagen und auf ein Fundgeld (quaternas siliquas). — Der Schwabenspiegel verwirft dagegen das Fundgeld gänzlich (Laßb. 347). Aber auch der Sachsenspiegel II. 37 kennt es nicht, und zwar gewiß nicht, wenn der Eigenthümer ein Gerichtsgenosse des Finders ist, anscheinend aber auch dann nicht, wenn der Eigenthümer von einem andern Gericht ist, denn das für diesen Fall dem Andern zugesprochene Drittel wird ausdrücklich nur dem zugesichert, der die Sache Dieben und Räubern abgejagt, also eine vielleicht sehr gefährliche, jedenfalls aber ganz andere Thätigkeit, als bloßes Aufnehmen einer verlorenen Sache ist, ausgeübt hat. Dagegen kommt das Fundgeld vor im görlitzer Landrecht 47 § 10, es besteht in einem Drittel, wird jedoch nur gegeben, wenn sich der Eigenthümer erst nach Ablauf von 6 Wochen meldet. Ohne diese Einschränkung billigen das culm. Recht III. 1 C. 2, ein Ordel der Stadt Bremen und verschiedene Weisthümer ein Fundgeld zu.
Delbrück a. a. O. S. 10, 12.

6) Zasius ad l. 4 § 4 D. 12, 5. Wesembec Tit. D. 47, 2 Nr. 10. Mynsinger ad § fin. J. de rer. div. Meier, Colleg. Argent. Nr. 57 zu tit. 41, 1. H. Grotius de jur. belli ac pac. II. 10 § 1 Nr. 5. Brunnemann ad l. 43 D. de furt. Nr. 6. Frommann § 43. Lauterbach ad tit. D. 41, 1 § 48. Born th. 10. Hoppius in Inst. de rer. div. § 47. Schweppe, Röm. Privatr. § 336.

Digitized by Google

de Ubaldis und Bonifacius, desgleichen Voet, welcher (41, 1 Nr. 9) bemerkt: quale inventionis praemium non modo recte accipi potest oblatum, sed et secundum mores hodiernos recté peti, utcunque non promissum; auch Hert und Just. Müller, welche dem Finder ein Retentionsrecht zugestehen, bis er ein Fundgeld erhalten.[1]) — Die Particularrechte statuiren wohl allgemein das Fundgeld.

Der Finder kann die Sache liegen lassen; wenn er sie gleichwohl aufnimmt, um sie dem Eigenthümer zuzustellen, so unterzieht er sich nicht allein einer Mühewaltung, sondern auch einer nicht unbeträchtlichen Verantwortung, ja er übernimmt Pflichten, deren vielleicht völlig arglose Vernachlässigung ihn um guten Ruf und Ehre bringen kann, und es ist deshalb in der That eine Forderung der Gerechtigkeit, daß ihm eine entsprechende Vergütung gewährt wird, auf die der Unbemittelte entschieden zu rechnen pflegt. Man kann die Obligation deshalb füglich in die Rubrik facio ut des bringen. Daß der Anstand dem Bemittelten die Annahme verbietet, ist eine Sache für sich.

Die Höhe des Fundgeldes ist, so weit es an particularrechtlichen Bestimmungen fehlt, arbiträr.

2. Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 391: „Wenn sich der vorige Inhaber oder Eigenthümer der gefundenen Sache in einer Jahresfrist, von der Zeit der vollendeten Kundmachung, meldet, und sein Recht gehörig darthut, wird ihm die Sache oder das daraus gelöste Geld verabfolget. Er ist jedoch verbunden, die Auslagen zu vergüten, und dem Finder auf Verlangen Zehen von Hundert des gemeinen Werthes als Finderlohn zu entrichten. Wenn aber nach dieser Berechnung die Belohnung eine Summe von tausend Gulden erreicht hat, so soll sie in Rücksicht des Uebermaßes nur zu fünf von Hundert ausgemessen werden."[2])

Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das K. Sachsen von 1860 § 253: „Meldet sich ein zur Erhebung des Fundes Berechtigter vor Ablauf der bestimmten Jahresfrist, so erhält er das Gefundene gegen Erstattung des nothwendigen und nützlichen Aufwandes, unter Abrechnung der von dem Finder etwa gezogenen Früchte, muß aber demselben den zehnten Theil des Werthes, welchen die Sache nach Abzug der Kosten hat, als Finderlohn geben. Beträgt jener Werth über einhundert Thaler, so hat er von dem Uebermaße nur eins vom Hundert zu entrichten. Hierbei werden mehrere gleichzeitig gefundene Sachen als eine angesehen. Haben die gefundenen Sachen nur für Denjenigen Werth, welcher sie verloren hat, so hat die Behörde ein Finderlohn nach billigem Ermessen festzusetzen."[3])

---

1) Kreittmayr, Anm. II S. 31 meint, es gebühre mehr de honestate als de necessitate.

2) Dem Oesterreichischen folgt das Luzerner G. B., während das Berner § 421 und das Züricher G. B. § 628 die Höhe des Finderlohnes dem richterlichen Ermessen überlassen, wobei jedoch das Berner G. B. ein Maximum von 10 Prozent festsetzt.

3) In den speciellen Motiven zu diesem Entw. S. 652, 653 ist bemerkt: „So viel den im § 653 näher bestimmten Finderlohn angeht, so läßt sich zwar nicht verkennen, daß dem Finder kein Rechtsgrund auf einen Lohn für die Ablieferung der gefundenen Sache zur Seite steht, es auch nicht ohne alle

Digitized by Google

3. Der Anspruch auf das Finderlohn setzt natürlich vor Allem in objektiver Beziehung eine verlorene, d. h. der Gewahrsam des bisherigen Inhabers entkommene Sache voraus.[1]) — In einzelnen Fällen kann diese Voraussetzung fraglich sein:

a. Jemand weiß den Ort genau, wo er eine Sache verloren hat, kann sie jedoch nicht sofort wiederfinden. Ehe er seine Nachforschungen aufgibt, wird die Sache von einem Dritten gefunden. Gebührt diesem Finderlohn? Nein, denn in diesem Falle war die Gewahrsam dem Eigenthümer noch nicht verloren, da sich die Sache noch im Bereiche seiner physischen Herrschaft befand und daher seiner ausschließlichen Einwirkung unterworfen blieb.[2])

b. Auf öffentlicher Straße läßt Jemand seinen Geldbeutel fallen, ohne es zu bemerken. Ein Anderer, der den Verlust wahrnimmt,

---

Bedenken ist, Ansprüche auf Belohnung für bloße Pflichterfüllung zuzulassen. Dessenungeachtet hielt man aber die Rücksicht auf das Interesse des Verlierers für durchschlagend, zumal man damit im Wesentlichen bloß die schon jetzt geltende, sich schon im Sachsenspiegel kund gebende, dem Anspruche auf Finderlohn günstige Meinung beibehielt."

Vergl. Christ. de Wolff, instit. jur. nat. et gent. (Hal. 1750) § 285. Praemium inventionis dicitur, quod datur inventori rei amissae, quia eandem domino restituit. Quoniam inventor ad restitutionem obligatur, naturaliter inventori rei amissae praemium nullum debetur, nec ideo competit jus praemium exigendi a domino.

1) In den Motiven zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuchs für das K. Sachsen S. 653 ist gesagt: „In denjenigen Fällen, in welchen Sachen nicht sowohl verloren, sondern auf andere Weise abhanden gekommen sind, z. B. wenn bei einer weithin verbreiteten Ueberschwemmung Hölzer fortgeführt werden oder wenn Thiere ihrem Herrn entlaufen sind, finden die Vorschriften über den Finderlohn keine Anwendung. Derjenige, welcher diese Gegenstände an sich nimmt, wird nach Befinden selbst dann, wenn er den Eigenthümer kennt, seinen Aufwand nach den allgemeinen Vorschriften über die Erstattung der auf fremde Sachen gemachten Verwendungen, auch, unter den sonstigen Voraussetzungen, Entschädigung für seine Bemühungen und für die Aufbewahrung fordern können, aber einen Anspruch auf einen besonderen Finderlohn oder Bergelohn, dessen Höhe sich wegen der Mannichfaltigkeit der dabei zu berücksichtigenden Verhältnisse ohnedem nicht im Voraus bestimmen ließe, hat er nicht.

2) Paul. l. 3 § 13 D. de acq. v. am. poss. (41, 2): . . . Nam pecus simulatque aberraverit, aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur; dissimiliter atque si sub custodia mea sit, nec inveniatur, quia praesentia ejus sit, et tantum cessat interim diligens inquisitio.

cf. Pompon. l. 25 pr. eod.: Si id, quod possidemus, ita perdiderimus, ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere. — A. L. R. I. 7 § 111: „Die Gewahrsam einer Sache geht verloren, sobald das physische Vermögen des Inhabers, durch sich oder durch Andere darüber zu verfügen, aufhört."

Digitized by Google

hebt auf der Stelle den Beutel auf und gibt ihn dem Eigenthümer zurück. Hat er auf Finderlohn Anspruch? Es kommt hier auf die Beantwortung der Thatfrage an: ob in dem Augenblicke, als der Dritte den Geldbeutel aufnahm, derselbe sich noch in der custodia des Eigenthümers befand. Ist dies zu bejahen, so beseitigt sich von selbst der gemachte Anspruch. Denn der Umstand, daß der Dritte den Eigenthümer vor dem Verluste der Gewahrsam, der ohne seine Thätigkeit aller Wahrscheinlichkeit nach eingetreten wäre, bewahrt hat, gibt ihm so wenig ein Recht auf Finderlohn, als ein solches Demjenigen zuzusprechen ist, der einen auf der Straße ihm Begegnenden darauf aufmerksam macht, daß sein Geldbeutel aus der Tasche herausgehängt und daher die augenscheinlichste Gefahr seines Verlustes vorhanden ist.

c. Es bemerkt Jemand, daß ein Anderer an einem öffentlichen Orte eine Sache verliert. Statt ihn darauf aufmerksam zu machen, wartet er es ab, bis sich derselbe von dem Orte entfernt hat, nimmt dann die Sache an sich und bringt sie dem Verlierer zurück. Gebührt ihm Finderlohn? Sein Anrecht darauf wird sich nicht bestreiten lassen, sofern man die custodia des Eigenthümers als aufgehoben ansehen muß. Denn so sehr sein Verfahren dem Sittlichkeitsgefühl widerstreitet, so hatte er doch keine gesetzliche Verpflichtung, den Verlust der Gewahrsam von dem Andern abzuwenden. Er begeht daher vor dem Gesetz kein Unrecht, wenn er diesen Verlust, der sich vor seinen Augen vollzieht, ruhig abwartet und nunmehr als Finder, unter Beobachtung der Pflichten desselben, aber mit dem gleichzeitigen Anspruche auf das Fundgeld, auftritt.

4. Eine fernere Voraussetzung des Anspruches auf das Finderlohn ist das Aufnehmen der Sache Seitens des Finders und deren Rückgabe an den Verlierer. Diese Voraussetzung würde offenbar in folgendem Falle nicht anzunehmen sein: Ein Papagei entfliegt seinem Herrn und wird vergeblich von diesem verfolgt. Nachdem der Eigenthümer den Vogel schon als verloren betrachtet hat, sieht ihn ein Anderer auf einem Baume sitzen. Er zeigt dies dem Eigenthümer sofort an und Letzterem gelingt es, den Papagei zu fangen. Hier kann von einem Finderlohn keine Rede sein. Denn so richtig es ist, daß der dem Verlierer durch das Auffinden der Sache verschaffte Vortheil derselbe ist, es mag der Finder die Sache an sich genommen und hiernächst dem Eigenthümer zurückgegeben, oder den Letzteren bloß in den Stand gesetzt haben, die Gewahrsam selbst wieder zu ergreifen,

Digitized by Google

so hat doch das Gesetz eine Belohnung nur Demjenigen zugesichert, der die verlorene Sache an sich nimmt und dem Verlierer zurückgibt. Nur ein solcher ist als Finder zu betrachten. — Hieraus ergibt sich aber auch, daß das Finderrecht verloren geht, wenn wegen Unterganges der gefundenen Sache deren Zurückgabe an den Verlierer nicht erfolgen kann.

5. Hat Jemand durch das Auffinden einer Sache einen Verlust abgewendet, der ihn selbst, wenn auch nicht allein, getroffen haben würde, so kann er für seine zur Wahrung eigener Rechte vorgenommene Thätigkeit, auch wenn diese dem Verlierer zu Statten kommt, unmöglich eine Belohnung in Anspruch nehmen. Man denke an den Fall: eine gemeinschaftliche Sache geht durch Zufall verloren und wird von einem Miteigenthümer gefunden, oder der Pfandschuldner *findet* die aus dem Besitze des Pfandgläubigers wider dessen Willen entkommene Sache.

6. Ist nun an sich der Anspruch des Finders auf Finderlohn begründet, so fragt sich:

wer ist zu dessen Zahlung verpflichtet?

Hierbei waltet jedoch keine Schwierigkeit ob. Dem Finder steht allemal Derjenige als der Verpflichtete gegenüber, welchem Jener die Sache herauszugeben hat. Ist dies nun ein bloßer Inhaber,*) so darf er den Finder keineswegs mit seinem Anspruche an den Eigenthümer verweisen, sondern muß selbst das Fundgeld erlegen, weil nur gegen dessen Zahlung der Finder die Herausgabe zu leisten hat. Tritt der Eigenthümer als der Empfangsberechtigte auf, so hat sich der Finder wegen des Fundlohns nur an ihn, gleichviel aus wessen Gewahrsam oder Besitz die Sache entkommen war, zu halten.

7. Der Finder gibt die Sache dem Verlierer zurück, ohne eine Belohnung zu fordern.

Ist eine nachträgliche Geltendmachung dieses Anspruches zulässig?

So viel ist wohl unzweifelhaft, daß nach den Grundsätzen unseres Landrechts dem Finder in Betreff der durch das Gesetz ihm zugebilligten Belohnung ein wirkliches Klagerecht und keineswegs ein nur Einwandsweise (durch Zurückbehaltung der Sache) geltend zu machender Anspruch zusteht. Allein es fragt sich:

ob nicht der Finder durch die ohne Vorbehalt geleistete Rückgabe

---

*) § 59 d. T. „Der Finder muß auch dem vorigen bloßen Inhaber die Sache verabfolgen."

Digitized by Google

der Sache deutlich zu erkennen gegeben hat, daß er eine solche Belohnung nicht „verlange."

Nur „auf sein Verlangen" hat ihm der Verlierer einen Finderlohn zu zahlen. Wenn nun Jener bei Rückgabe der Sache ein solches Verlangen nicht stellt, so ist auch eine Verpflichtung des Eigenthümers zur Zahlung des Fundgeldes gar nicht entstanden. Es wird sich aber schwerlich annehmen lassen, daß das nachträgliche Verlangen des Finders eine solche Verpflichtung noch späterhin hervorrufen könne, da durch die Rückgabe der Sache der Finder außer aller rechtlichen Beziehung zu dem Eigenthümer getreten ist.

Von mehreren Findern.

§§ 67—69. 1.

Voet, com. ad P. XLI, 1 Nr. 9: . . olim apud Romanos in usu fuisse, ut, cum alter vidisset, alter apprehendisset, inventum utrique commune fieret, docet D. Noodt probab. lib. 2 cap. 6 Nr. 1, 2: Adde Simon van Leeuwen cens. for. part. I lib. 2 cap. 8 Nr. ult.

Berger, oecon. jur. Lib. II tit. II c. 12 Not. 1: Ad effectum acquirendi dominii rerum, quae sunt nullius natura, non sufficere praevisum, sed requiri apprehensionem, l. 1 § 1 de acq. v. am. poss.; ita tamen, ut is, qui prior vidit, et animo apprehendendi alteri ostendit, eidem merito anteferatur.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 394. „Mehreren Personen, welche eine Sache zugleich gefunden haben, kommen in Rücksicht derselben gleiche Verbindlichkeiten und Rechte zu. Unter die Mitfinder wird auch derjenige gezählt, welcher zuerst die Sache entdeckt, und nach derselben gestrebt hat, obgleich ein Anderer sie früher an sich gezogen hätte."

Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das K. Sachsen von 1860 § 252. „Als Finder wird auch Derjenige angesehen, welcher den verlorenen Gegenstand zu ergreifen im Begriff war, auch wenn ein Anderer ihn daran hinderte, um ihm den Fund zu entziehen."

2. Ein Reisender hat seine Brieftasche mit vielem Gelde verloren. Ein Anderer, der von diesem Verluste hört, schickt den wohlabgerichteten Pudel eines Dritten aus, um das Verlorene zu suchen. Der Pudel findet die Brieftasche, doch wird sie ihm, noch ehe er sie zurückgebracht hat, von einer vierten Person entrissen, welche nunmehr die Brieftasche dem Verlierer übergibt.

Wem kommt das Finderlohn zu?

Dem Eigenthümer des Pudels gewiß nicht, weil Ersterer selbst keine Handlung zur Besitzergreifung vorgenommen hat, und ohne sein Thun und Wollen durch seinen Hund, als ein bloßes Werkzeug, keinen Besitz erlangen konnte. §§ 43, 48 Tit. 7 Th. I A. L. R.

Digitized by Google

Es bleibt daher nur der Streit zwischen dem Absender des Hundes und dem Ueberbringer der Brieftasche zu entscheiden.

So viel ist gewiß, daß Ersterer den Gewahrsam der von dem Pudel aufgefundenen Sache noch nicht ergriffen, und daher auch kein Recht hatte, einem Andern die Besitzergreifung zu untersagen. §§ 10, 11 d. T. Allein er hatte durch die Absendung des Hundes Anstalt gemacht, den Besitz der Sache zu ergreifen. Es fragt sich daher:

ob er in dieser Anstalt durch unerlaubte Handlungen eines Dritten gestört worden ist. § 12 d. T.

Dies ist zu verneinen, da die Entreißung der vom Hunde gefundenen Brieftasche keine gegen den Absender gerichtete Handlung war, und daher ihm selbst dadurch kein Unrecht widerfahren ist.

Hiernach wird nur dem Ueberbringer der Brieftasche das Fundlohn zuzusprechen sein.

Verlust des Fundrechts.

§§ 70—73. 1.

Delbrück a. a. O. S. 27: Partikularrechte setzen eine bestimmte Frist fest, innerhalb welcher die Anzeige des Fundes erfolgen muß.

Bayern: 8 Tage. Braunschweig: 8 Tage. Sächsisches Straf-Gesetzbuch Art. 241: 4 Wochen.

Eine solche existirt gemeinrechtlich nicht, ist auch nicht unbedingt erforderlich, indem das Arbitrium des Richters die Lücke sehr wohl ergänzen kann.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 393. „Wer immer die in den §§ 388 bis 392 angeführten Vorschriften (über das Finden) außer Acht läßt, haftet für alle schädliche Folgen. Läßt sie der Finder außer Acht, so verwirkt er auch den Finderlohn, und macht sich zu Folge des Strafgesetzbuches noch überdieß nach Umständen des Betruges schuldig."

Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das K. Sachsen von 1860 § 254. „Der Finder, welcher den Fund, wenn er über einen Thaler beträgt, nicht innerhalb vier Wochen, von der Zeit der Ansichnahme an, bei der Polizeibehörde des Fundortes anzeigt,*) ingleichen der Finder, welcher den Fund, wenn er nicht über einen Thaler beträgt, auf geschehene Nachfrage verheimlicht, hat keinen Anspruch auf die in den §§ 250, 251, 253 ihm ausgesetzten Vortheile. An der Stelle des Finders erwirbt der Staat das Eigenthum des Gefundenen."

Preuß. Strafgesetzbuch § 226. „Einer Unterschlagung wird es gleich geachtet, wenn derjenige, welcher eine fremde bewegliche Sache gefunden hat... die Gewahrsam derselben der Obrigkeit wider besseres Wissen ableugnet."

---

*) In den Motiven ist bemerkt, daß für die Anzeige des Fundes bei der Polizeibehörde die dem Strafgesetzbuche Art. 291 entsprechende vierwöchentliche Frist beibehalten sei.

Digitized by Google

2. Der Finder einer verlorenen Sache macht den Fund selbst sogleich in den öffentlichen Blättern bekannt, ohne ihn der Obrigkeit anzuzeigen.

Ist er des Fundrechts verlustig?

Delbrück a. a. O. S. 27 spricht sich über diesen Fall dahin aus:

> Erläßt der Finder eine Bekanntmachung in den öffentlichen Blättern, ohne zugleich die Anzeige bei der Obrigkeit zu machen, so schützt ihn dies zwar gegen die Vermuthung der Unredlichkeit und den Verlust des Fundgeldes, eröffnet ihm aber nicht die Möglichkeit des Erwerbes.[1])

Nach Preuß. Rechte büßt jedoch der Finder in diesem Falle sein ganzes Fundrecht ein. Denn unter der im § 70 gedachten „Anzeige" ist offenbar die im § 20 d. T. dem Finder zur Pflicht gemachte Anzeige an die nächste Obrigkeit zu verstehen, desgleichen unter der „Belohnung" sowohl der Finderlohn als die Möglichkeit des Eigenthumserwerbes durch den Zuschlag der Sache.[2])

3. Tritt der Verlust des Fundrechts auch in dem Falle ein, wenn der Finder die Sache in dem guten Glauben an sich genommen hat, sie sei vom Eigenthümer derelinquirt?

In der Voraussetzung, daß der Finder unter den obwaltenden Umständen allen Grund zu diesem Glauben hatte, wird man die Frage verneinen müssen. Denn alsdann ist der Finder von jeder Schuld freizusprechen, da er gar nicht glauben konnte, es mit einer fremden Sache zu thun zu haben.

---

1) In der Note ist beigefügt: Insoweit hat Berger oecon. jur. II 2 th. 12 Recht, wenn er sagt, nach gemeinem Rechte genüge eine Privatbekanntmachung. Man kann die Sache daher auch so ausdrücken, der Finder ist verpflichtet, den Fund entweder selbst bekannt zu machen oder ihn der Obrigkeit zum Zweck der Bekanntmachung anzuzeigen; will er sich aber die Möglichkeit des Eigenthumserwerbes sichern, so muß er nothwendig den letzteren Weg einschlagen.

2) Vergl. Koch, Komment. zu § 70 d. T., desgleichen § 85 d. T., wo die dem Finder gebührende Schatzhälfte als „Belohnung" bezeichnet ist.

Digitized by Google

Literatur.

8.

Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers. Zwei civilistische Abhandlungen, unter Berücksichtigung der modernen Gesetzgebungen herausgegeben von H. Janke, Preuß. Justiz-Assessor. Erlangen. Verlag von Ferdinand Enke. 1862. 310 S.

Eine vielversprechende Schrift, die uns einen Preußischen Juristen kennen lehrt, der seine vertraute Bekanntschaft mit den Quellen des römischen Rechts zu selbständigen Forschungen mit Geist und Geschick zu verwerthen versteht.

Nach Inhalt des Vorwortes „haben sich die nachfolgenden Betrachtungen die Aufklärung zweier Fragen aus dem großen Gebiete des römischen Rechts zur Aufgabe gestellt, welche, wiewohl sie auf den ersten Blick weniger tief und nachhaltig in das praktische Leben einzugreifen scheinen, gleichwohl wegen des nothwendigen Zurückgehens auf die tieferen Grundsätze der gesammten Lehre vom Eigenthum und Pfandrechte, woraus sie entnommen worden, und durch die Darlegung ihres historischen Zusammenhanges und der Stellung, die diese Lehren darin einnehmen, doch vielleicht eine größere und weiter reichende Beachtung und Bedeutung gewinnen werden." Als Hauptzweck ist dabei aufgestellt: „die beiden ausgewählten, vielfach bestrittenen Controversen durch einfache Herleitung sowohl aus dem praktischen Rechtsleben wie aus den quellenmäßigen Rechtsgrundsätzen in allgemein befriedigendem Inhalte aufzulösen und als ein sowohl in sich als mit den Gesammtlehren, aus denen sie hergenommen worden, harmonisch sich zusammenfügendes Ganzes vorzuführen." Bei der Art der Darstellung hat den Verfasser die wohlbedachte Absicht geleitet, „auch der jüngeren und noch in den Anfängen der Rechtswissenschaft sich befindenden rechtsgelehrten Welt dies Werk mit Vortheil zugänglich zu machen, in der Hoffnung, daß es dem Einen und dem Andern darunter als Muster einer auf der historischen Grundlage basirten modernen rechtswissenschaftlichen Forschung und Bearbeitung römischrechtlicher Materien vielleicht nicht ungeeignet sich erweisen möge." Jedenfalls findet der Verfasser sich belohnt durch das „erhebende Bewußtsein, sich schwierigeren Schöpfungen auf dem geistigen Gebiete gewidmet zu haben" — ein anspruchsvolles Selbstbewußtsein, dem wir auch in dem Werke selbst begegnen, indem S. 169 das auf historischer Grundlage aufgeführte Gebäude der Prüfung unterworfen wird, „ob das hingestellte System dieser Fruchtlehre, gleich jenem monumentum aere perennius des Horaz, auch die Garantie einer haltbaren und mit der römischen Rechtsanschauung harmonirenden Doctrin gewährt, welche die Zukunft und mit ihr die Gefahren und Stürme einer immer sich erneuenden, zersetzenden Kritik zu überdauern sicher und im Stande sein wird." So wenig wir nun auch eine solche Garantie übernehmen möchten, so haben wir doch jedenfalls ein Werk vor uns, das, von wissenschaftlichem Forschungsgeiste durchdrungen, der vollen Beachtung der Juristenwelt würdig und ihrer auch sicher ist, obwohl die Darstellung an einer gewissen Breite leidet, die um so störender wirkt, als sich vielfache Wiederholungen damit verbinden.

Die erste Abhandlung, welche „das Fruchtrecht des redlichen Besitzers" zum Gegenstande hat und den größeren Theil des Werkes (S. 1—185)

Digitized by Google

umfaßt, ist, im Vergleich zu der zweiten, von überwiegender Bedeutung. Nach einer kurzen Einleitung (S. 1—3), welche die behandelte Lehre den noch in gegenwärtiger Zeit nicht genügend aufgeklärten beizählt und deshalb den Versuch für gerechtfertigt erklärt, „diese Lehre vom Fruchtrecht des redlichen Besitzers einmal in ihrem historischen Entwickelungsgange, so weit dies aus den uns überlieferten Quellen möglich, aufzufassen und darzulegen, wie eben nur aus diesem heraus und durch das Auseinanderhalten der in den verschiedenen Zeitfolgen der römischen Kaiserzeit bestandenen Auffassungen dieser Lehre, welche sich freilich in den justinianeischen Rechtsbüchern unter einander gemischt vorfinden, eine einfache und sachgemäße Darstellung dieser Lehre sich herausscheiden läßt" — wird im ersten Hauptabschnitte („Vorbegriffe" S. 4—19) der Fruchtbegriff festgestellt. Im zweiten Hauptabschnitte („das Recht des redlichen Besitzers an den Früchten") versucht der Verfasser, „die historischen Gesichtspunkte in dieser Lehre mit kurzen Zügen hinzustellen, und zwar zunächst den Entwickelungsgang des prätorischen oder bonitarischen Eigenthums, bis es in seiner späteren Verallgemeinerung jedweden redlichen, ja sogar, wie es scheint, bloß rechtlichen Besitz in sich aufnahm, in kurzer Skizze vorzuführen, und daran in zwei Perioden die Darstellung des Fruchtrechts des redlichen Besitzers oder bonitarischen Eigenthümers, zunächst nämlich wie sie in den ersten Jahrhunderten der Kaiserzeit von den röm. Rechtsverständigen ausgebildet worden ist, in ausführlicherer Erörterung anzureihen" (S. 22).

A. „Geschichtlicher Entwickelungsgang des bonitarischen Eigenthums." Der Verfasser beschäftigt sich hier mit der Darlegung, „wie sich der Begriff des durch gültigen Rechtsgrund erworbenen redlichen Besitzes im Gegensatze zu der possessio als Rechtsbesitz ohne Rechtsgrund in allmähliger Fortentwickelung als das prätorische rem in bonis habere zu einem materiell alle Befugnisse des Eigenthums in sich auffassenden, zuletzt sogar mit einer selbständigen Klage ausgestatteten Rechte herausgebildet hatte" (S. 32), hebt den eigenthümlichen Umstand hervor, daß dieses bonitarische Eigenthum nirgends in den uns überlieferten Fragmenten der römischen Rechtsgelehrten als „Eigenthum" — dominium — technisch bezeichnet wird, daß jene Bezeichnung dominium bonitarium sich erst bei Theophilus findet (S. 33) und hält zum richtigen Verständniß des bonitarischen Eigenthums für dienlich, „den zweifachen Gesichtspunkt sich zu veranschaulichen und auseinanderzuhalten, unter welchem dasselbe aufgefaßt werden muß, die eine gewissermaßen positive Seite, nämlich die Rechtsbefugnisse des bonitarischen Eigenthümers oder redlichen Besitzers an sich und so lange er sich im unangefochtenen Besitze und Genusse der Sache befindet, und die andere so zu sagen negative Seite, dem die Sache vindizirenden civilen Eigenthümer gegenüber" (S. 34).

B. „Das Fruchtrecht im Zeitalter der classischen Juristen." I. Historischer Theil, behandelnd 1. das Recht des civilen Eigenthümers an den Früchten, 2. den Fruchtgewinn des bonitarischen Eigenthümers (S. 36—61). Die gewonnenen Resultate finden sich S. 61 bei dem Uebergange auf den folgenden Abschnitt kurz präzisirt. II. Dogmatischer Theil, enthaltend die Begründung und die besondere Ausführung der Fruchtlehre (S. 61—130). Als Kern der ganzen Lehre wird der Satz an die Spitze gestellt: der bonitarische Eigenthümer der fruchtbringenden Hauptsache ist zugleich auch bonitarischer Eigenthümer an deren Früchten, auf das der civilrechtlichen hereditas und der prätorischen bonorum possessio analoge, in dem zweigetheilten Eigenthum an den Früchten hervortretende Doppelinstitut der römischen Rechtsbildung hingewiesen und

demnächst in der weiteren Ausführung dazu übergegangen, nicht nur die dargestellte Auffassung der Fruchtlehre durch den Inhalt der dieselbe abhandelnden Quellenstellen zu erhärten, sondern auch die in den letzteren enthaltenen Gegensätze und Widersprüche zu beseitigen und die verschiedenen Fragmente in ihrem natürlichen Zusammenhange und Verhältniß zu einander darzustellen. Vorzugsweise beschäftigt den Verf. hier die Erklärung der l. 25 de usuris (Julian), die nicht auf den Kollisionsfall mit dem wahren Eigenthümer zu beziehen ist, der l. 48 de acq. rer. dom. (Paulus), wonach Paulus die strengeren, dem älteren Rechte entlehnten Grundsätze des Pomponius, den Fortschritten der Rechtswissenschaft seiner Zeit entsprechend, dahin erweiterte, daß jeder redliche Besitzer ohne Unterschied alle Früchte und zwar schon mit dem Augenblicke der Separation für sich ziehe, jedoch nur zeitweilig, „interim," d. h. so lange er die Sache nicht ersessen hat oder der wahre Eigenthümer nicht hervortritt, weil in Bezug auf den Fruchtgewinn der redliche Besitzer nur beinahe „paene" die Stelle des vollen Eigenthümers einnimmt, ferner der l. 48 § 5, 6 de furtis (Ulpian) so wie der l. 4 § 19 de usurpat. (Paulus), welcher der Verfasser in scharfsinniger Weise durch Aenderung der Interpunktion das richtige Verständniß zu geben sucht, endlich der l. 40 de acq. rer. dom. (African.), der sich eine nähere Erörterung über die Bedeutung des Wortes „consumtio" in der römischen Rechtssprache anschließt. Am Schlusse dieses Abschnittes wird „die Ersatzpflicht der Verwendungen" und „der Fruchtgewinn des redlichen Besitzers einer Erbschaft" unter Hinweisung auf die betreffenden Quellenstellen besprochen. Im folgenden Abschnitte

C. „Das Fruchtrecht nach justinianeischem Rechte" (S. 130—169) gelangt der Verfasser durch den Inhalt der für das neuere Recht maßgebenden Stellen, des § 35 de R. D. und der l. 28 de usuris, zu einer Unterscheidung zwischen den Bodenfrüchten und den Thierfrüchten und demzufolge zu nachstehenden Ergebnissen: dem Eigenthümer des Landgutes fallen naturali jure die darauf wachsenden Früchte zu Eigenthum zu, auch wenn der redliche Besitzer den Saamen, aus welchem sie hervorgegangen, aus seinen Mitteln ausgestreut und die dazu nothwendige Bestellung und Zubereitung des Ackers durch seine Arbeiten veranlaßt hatte. Es werden indessen dem redlichen Besitzer die auf dem Landgute geerndteten Früchte und zwar als der Lohn für seine Bestellung und Mühewaltung zugesprochen, dergestalt, daß falls er sie verbraucht oder verzehrt hat, der Eigenthümer trotz seiner Vindication des Landguts wegen dieser verzehrten Früchte nicht Klage erheben kann, wogegen die zur Zeit der Streiteinlassung nicht consumirten, noch in natura vorhandenen Früchte der redliche Besitzer dem Eigenthümer, jedoch nur gegen Ersatz der Saat- und Bestellungskosten, zugleich mit dem Gute herausgeben muß. Dieses Recht des redlichen Besitzers an den Früchten des Landguts ist nichts anderes, „als eine letzte, zufällig im Verkehrs- und Rechtsleben des Volkes aufrecht erhaltene Spur von dem früheren zweigetheilten Eigenthum, in Folge deren der redliche Besitzer sonach gewissermaßen noch im neueren Rechte ein natürliches (bonitarisches) Eigenthum an diesen Früchten, das heißt ein aus den früheren Rechtsanschauungen der classischen Rechtswissenschaft her zufällig mit in das justinianeische Recht übertragenes, zwar für sich selbständiges und materiell wirksames Eigenthumsrecht mit ihrer Trennung vom Boden erworben hat, welches daher auch an sich alle im Eigenthume enthaltenen Befugnisse involvirt, dagegen aber in dem einen Falle, daß der wahre Eigenthümer des Gutes klagend hervortritt, sich im Widerstreit mit dessen auf dem natürlichen Rechte begründeten Eigenthumsrechte an den gleichen auf seinem Landgute geerndteten Früchten, grade so wie in der vorigen Rechtsperiode, als min-

Digitized by Google

der berechtigt erweist und deshalb auch diesem besseren Rechte des Eigenthümers an denselben Früchten weichen muß." Anders verhält es sich mit den Früchten und Geburten der nutzbaren Thiere. An diesen erlangt der redliche Besitzer im neueren Rechte „sofort das volle und unwiderrufliche Eigenthum, dergestalt, daß er in dem Falle, wo der wahre Eigenthümer auf die Herausgabe der Thiere gegen ihn klagt, ebenso wie der Nießbraucher von der Pflicht zur Ausantwortung der zur Zeit der Streiteinlassung noch unverarbeiteten und unverbrauchten Früchte und der bei ihm noch am Leben vorfindlichen Jungen dieser Thiere für das justinianeische Recht dauernd befreit ist, der klagende Eigenthümer also diese von der Zeit vor der Streiteinlassung herrührenden Früchte nicht beanspruchen darf." Zuletzt wird noch „der Fruchtgewinn des redlichen Besitzers einer Erbschaft" in Betracht gezogen und für das justinianeische Recht dahin bestimmt: „In Bezug auf den Fruchtgewinn wird die Erbschaft in die einzelnen zu der Verlassenschaft des Verstorbenen gehörigen Gegenstände zerlegt dergestalt, daß der redliche Besitzer einer Erbschaft auch gleichzeitig als redlicher Besitzer jeder einzelnen in dem Nachlaß enthaltenen Sache betrachtet wird. An diesen speziellen Sachen hat er nun die im justinianeischen Rechte an den redlichen Besitz geknüpften Berechtigungen, so daß er also von den nutzbaren Thieren die Früchte und Geburten zu unwiderruflichem Eigenthume erwirbt, dagegen bei Landgütern die Feld- und Gartenfrüchte, welche bei der Klageanstellung noch nicht verzehrt sind, dem klagenden wahren Erben herauszugeben hat, während die verbrauchten Früchte (consumti) nicht weiter in Betracht kommen."

D. „Das Fruchtrecht nach heutigem gemeinen Rechte" (S. 169 bis 177), unter Berücksichtigung des c. 5 und 20 X de praescript. dahin präzisirt: „daß der redliche Besitzer eines fremden Grundstücks auch das Eigenthum der Früchte desselben erwirbt und die Nutzungen und Geburten von fremden Thieren sofort und zwar zu unwiderruflichem Eigenthum erlangt, daß er aber nicht mehr, wie im justinianeischen Rechte, erst von der Streiteinlassung ab, sondern für das heutige Recht schon von dem Augenblicke der überzeugenden Kenntniß von dem Eigenthum eines Andern ab als unredlicher Besitzer betrachtet wird und daher die in diesem letzteren Momente noch in Natur vorhandenen Früchte gegen Ersatz der Verwendungen und von da ab alle Früchte herausgeben muß, und ferner die bis zu diesem Augenblicke gewonnenen Nutzungen und Geburten von Thieren, auch wenn dieselben bei ihm noch unverbraucht oder unverzehrt vorhanden, gleichwohl unentziehbar im Eigenthum behält, von da ab aber alle Früchte und Geburten solcher Thiere dem Eigenthümer zufallen."

Hieran reiht sich der letzte Abschnitt:

E. „Die modernen Gesetzgebungen," enthaltend das Fruchtrecht im Code Napoléon, im preußischen Landrecht und nach österreichischer Gesetzgebung (S. 177 bis 185). Diese Darstellung ist jedoch eine so skizzenhafte, daß sie nichts Bemerkenswerthes bietet.

Die Beschränktheit des Raumes gestattet uns nicht, auf den Inhalt der zweiten in ihren Ergebnissen minder bedeutenden Abhandlung, betreffend „das Fruchtrecht des Pfandgläubigers" einzugehen. Es wird dessen auch nicht weiter bedürfen, wenn durch die vorstehende Anzeige der Zweck erreicht sein sollte, die Freunde unserer Wissenschaft auf diese beachtungswerthe Erscheinung in der juristischen Literatur aufmerksam zu machen.

Dr. J. A. Gruchot.

Digitized by Google

9.

Dr. **Abegg**, geheimer Justizrath und Professor der Rechtswissenschaft zu Breslau. **Ueber die Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen nach den neuen Gesetzgebungen und mit Rücksicht auf eine gemeinsame Strafgesetzgebung der Deutschen Lande.** Breslau, Maruschke und Behrend. 1862.

Der Verfasser war im Jahre 1861 zum Referenten über den Antrag ernannt: „Der Deutsche Juristentag wolle sich dafür aussprechen, daß neben der Verjährung der strafgerichtlichen Verfolgung die Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen zugelassen werde." Das vorliegende Werk bezweckt eine vollständigere Motivirung des erstatteten Berichts, hat aber, als ein die Literatur über die Verjährungslehre ergänzender, Beitrag selbstständigen Werth. — Dem römischen und griechischen, sowie dem gemeinen deutschen Rechte ist die Strafverjährung ganz unbekannt. Das *ältere* preußische Recht kennt die Verjährung im Kriminalrechte überhaupt nicht; *es setzt* an deren Stelle einen bedingten Anspruch auf Begnadigung. Erst durch die Kriminal-Ordnung von 1805 ist die peinliche Verjährung eingeführt, dieselbe aber auf die Strafverfolgung beschränkt. Der Verjährung der Strafe selbst wird auch hier nur in Rücksicht auf Begnadigung Erwähnung gethan. Das preußische Strafgesetzbuch von 1851 enthält — in Abweichung von seinem Vorbilde, dem französischen Gesetze — die kategorische Bestimmung: „Gegen rechtskräftig erkannte Strafen ist keine Verjährung zulässig." Eine Ausnahme hiervon giebt es nicht, und es beruht auf einem Mißverständnisse, wenn unser Autor (S. 115) eine solche für den Fall der Kontumazial-Verhandlung auf Grund des § 110 statuirt. — Von den neueren Strafgesetzgebungen haben die sächsische, würtembergische, braunschweigische, badische, thüringische und bairische die Strafverjährung mit verschiedenen Einschränkungen und Modificationen adoptirt. In andere deutsche Gesetzbücher der Neuzeit — insbesondere das hannoversche, österreichische, hessische und oldenburgische — hat die Strafverjährung keinen Eingang gefunden. Hieraus ergiebt sich die auch in dieser Materie vorhandene Zersplitterung der deutschen Legislatur. — Anlangend die Gründe für Einführung der Verjährung, so hebt der Verfasser hervor, daß zwar die Erschwerung der Wahrheits-Ermittelung durch Zeitverlauf zur Rechtfertigung der Strafverjährung nicht geltend gemacht werden könne, daß aber die Tilgung des Andenkens an die verbrecherische That auch für diese Spezies der Verjährung nicht ohne Bedeutung sei und daß endlich der Präsumzion für die Besserung des Verbrechers gleiche Geltung in Bezug auf Strafverjährung wie auf Verjährung der Verfolgung eingeräumt werden müsse. Dasselbe nimmt der Verfasser von dem eigentlichen inneren Grunde an, als welchen er die Macht und Herrschaft der Zeit, die sich alles Vergängliche unterwerfe, bezeichnet.*) Diese Wirkung der Zeit — so führt der Verfasser weiter aus — äußere sich theils in der Befestigung des Besitzes (erwerbende Verjährung), theils in der Vernichtung des Bestehenden (Rechts- resp. Klage-Verjährung); der objektiven Fortdauer eines Zustandes entspreche das subjektive Bewußtsein von demselben; durch Wegfall des letzteren verliere das Vergangene seine Lebenskraft, und dem Versuche der Wiederbelebung fehle es an jeder

*) Im Einklange hiermit nennt Demelius die Verjährung einen „Ausfluß der mildernden und reinigenden Macht der Zeit." (Untersuchungen aus dem römischen Civilrechte. Weimar 1856.)

Digitized by Google

Berechtigung. So gelangt der Verfasser — trotz Anerkennung der Verschiedenheit des Wesens der zivilrechtlichen und der peinlichen Verjährung — zu der Annahme eines identischen Grundprinzips und zu der weiteren Folgerung, daß nicht bloß die strafrechtliche Verfolgung, sondern auch die Strafe selbst der Verjährung unterworfen werden müsse, wobei criminalpolitischen Rücksichten nur ein Einfluß auf die Modalitäten der Verjährung verstattet werden dürfe. Die bezüglichen Einwürfe widerlegend, verzichtet er auf die Unterstützung, welche, nach seiner Meinung, in mehreren relativen Strafrechts-Theorien gefunden werden könnte, erklärt aber die Zulassung der Strafverjährung als ein Postulat der absoluten Gerechtigkeits-Theorie. — Eine umständliche Erörterung der Wirkungen dieser Verjährung auf Nebenstrafen und gesetzliche Straffolgen vermissen wir um so mehr, als in dieser Richtung gerade die erheblichsten Bedenken und Schwierigkeiten hervortreten. Die reinzivilrechtlichen Folgen des Verbrechens und der Strafe, namentlich die Ansprüche des Verletzten sollen von der Strafverjährung ganz unabhängig sein. Der Verfasser erachtet diese Unabhängigkeit für ein Axiom, welches auch von dem Adhäsions-Prozesse, wo derselbe gelte, unberührt bleiben müsse. — Mit großer Gründlichkeit sind die Wirkungen der Strafverjährung in Bezug auf die einzelnen Fälle, wo dieselbe Statt haben kann (Flucht des Verbrechers oder Unterlassung der Strafvollstreckung aus Versehen oder besonderen Gründen), sowie in Bezug auf das Kontumazial-Verfahren durchgenommen. Die hierbei aufgestellte Behauptung jedoch: es sei allgemeinen Rechtens, daß Kontumazial-Urtheile niemals unmittelbar in Vollzug gesetzt würden, ist nicht als richtig anzuerkennen. Zur Widerlegung genügt der Hinweis auf das preußische Recht, welches die volle Wirkung der Kontumazial-Entscheidung als Regel aufstellt, von der nur die, verhältnißmäßig geringe, Zahl der zur Kompetenz des Schwurgerichts gehörigen Fälle ausgenommen ist. — Endlich betrachtet der Verfasser die Kriminal-Verjährung noch von dem gegenwärtigen Standpunkte der Wissenschaft aus. Ihm auf dieses Gebiet zu folgen, würde uns zu weit führen. Im Rückblicke auf die gesammte Ausführung müssen wir bekennen, die Ueberzeugung von einem legislativen Bedürfnisse: das Gebiet der peinlichen Verjährung durch Zulassung der Verjährung rechtskräftiger Strafen auszudehnen, — ganz abgesehen von der Seltenheit der Fälle, wo diese Verjährung sich geltend machen kann — nicht gewonnen zu haben. Uns erscheint die Verjährung im Strafrechte überhaupt nur von dem praktischen Gesichtspunkte aus: daß durch den Ablauf eines langen Zeitraums seit Verübung der strafbaren That die Ermittelung der Wahrheit erschwert, namentlich die Zuverlässigkeit der Beweise vermindert und hierdurch die Gerechtigkeit gefährdet wird, gerechtfertigt. Dieses, von der preußischen Gesetz-Redakzion allein anerkannte,*) Motiv steht zur Verjährung der Strafe in gar keiner Beziehung. Die s. g. Heilkraft der Zeit — das alleinige oder wenigstens hauptsächlichste Motiv unseres Autors — hat in der Theorie der Verjährung Anspruch auf Anerkennung; zu ihrer Verwerthung mittelst der Gesetzgebung bedarf es jedoch willkürlicher Satzungen, welche den rechtsphilosophischen Werth wiederum annulliren. Denn bei der erforderlichen Normirung von Fristen und Bedingungen kann, insoweit hierdurch das Arbitrium für den einzelnen Fall ausgeschlossen werden muß, für die Befriedigung des Rechtsgefühls keine Garantie gewährt werden. Wenn auch die Vollstreckung einer, vor langen Jahren erkannten, Strafe unter Umständen als große Härte erscheinen mag,

---

*) Vergl. Entwurf von 1827 (Bericht der Immediat-Kommission von 1843) Revisions-Bericht von 1845 und Entwürfe von 1845 bis 47.

Digitized by Google

und es auch richtig ist, daß die Verweisung auf den Weg der Gnade als ein geeignetes Mittel zur Ausfüllung von Lücken der Gesetzgebung nicht erachtet werden kann, so muß doch andererseits zugegeben werden, daß die Gesetzgebung allen möglichen Fällen und Verhältnissen in geeigneter Weise vorzusehen nicht vermag. In concreto wird die Nichtvollstreckung einer rechtskräftig erkannten Strafe nur in dem Zusammentreffen von Umständen, welches sich der Vorausbestimmung durch Gesetz entzieht, Rechtfertigung finden können. Die Strafvollstreckung ist das Ziel des ganzen Strafverfahrens, und gerade nach der Gerechtigkeits-Theorie erscheint die Legalisirung der Nichtvollstreckung der Strafe unzulässig. Allerdings bleibt hiernach die Begnadigungs-Instanz die einzige Zuflucht zum Zwecke der Lösung eines etwaigen Konflikts zwischen dem rechtskräftig erkannten und dem wahren Rechte.

Hoffmann, A. G. R.

10.

J. v. Bertrab, Staatsanwalt rc. **Grundriß des schwurgerichtlichen Strafprozesses in Preußen nach der Verordnung vom 3. Januar 1849 und den Zusatz-Gesetze vom 3. Mai 1852 entworfen unter Beifügung der Materialien für den praktischen Gebrauch.** Breslau 1862 bei Trewendt.

Für wissenschaftliche Bearbeitung bietet das formelle Recht eines Staats weniger Reiz und Stoff, als das materielle. Seine historische Quelle ist von geringerer Ergiebigkeit und liegt oft nicht weiter zurück, als in den speziellen legislativen Vorarbeiten. Die Wichtigkeit des praktischen Gesichtspunkts ist vorwiegend. — Als eine Folge hiervon erscheint der Vorrang der Präjudikate vor der dogmatischen Darstellung, und hieraus erklärt sich zugleich die große Anzahl der Kommentare und Kompilazionen des geltenden Prozeßrechts. — Letztere ist auf dem Gebiete des Kriminal-Prozesses durch das vorliegende wiederum vermehrt. Der Herr Verfasser hat sich die Kodifikazion der, das schwurgerichtliche Verfahren betreffenden, Gesetze als Aufgabe gestellt. Er bezeichnet seine Arbeit als einen Versuch, „das vorhandene gesetzliche Material zu sammeln, dasselbe in einem, dem Gange des Prozesses sich anschließenden, übersichtlichen Systeme zu ordnen und so dem Praktiker bequemer zugänglich zu machen.“ Zur Motivirung des Plans wird an einer andern Stelle des Vorworts noch auf die Schwierigkeiten für Orientirung in den Strafprozeßgesetzen verwiesen, und bemerkt, daß dieselben besonders bei der mündlichen Verhandlung, wo selten ein zeitraubendes Aufsuchen der Quellen thunlich sei, sich fühlbar machten. — Es muß anerkannt werden, daß der Herr Verfasser seinen Plan fest im Auge behalten hat und daß seine Zusammenstellung der, aus verschiedenen Gesetzen entnommenen, Vorschriften, trotz des Mangels an verknüpfenden Zusätzen, ein geordnetes System bildet. Nach Vorausschickung der allgemeinen Bestimmungen, welche das strafgerichtliche Verfahren überhaupt betreffen, wird die Zuständigkeit der Schwurgerichte, der Gerichtsstand in Schwurgerichtssachen, und die Organisazion der Schwurgerichte behandelt; dann folgt die Aufführung der auf die einzelnen Akte des Verfahrens, einschließlich der Rechtsmittellehre, sich beziehenden Bestimmungen. — Es hätte hierbei die Uebersichtlichkeit durch Verschiedenheit des Drucks und der Schriftzeichen erheblich gefördert werden können. Das Nachschlagen dagegen wird durch Register sehr erleichtert, welche mit außerordentlicher Sorgfalt ausgearbeitet sind. — Wenn man aber auch hiernach dem Werke einen Werth nicht absprechen kann,

Digitized by Google

so kann man doch den obgedachten Zweck nicht für erreicht ansehen. Derselbe erscheint vielmehr an und für sich unerreichbar. Die Kodifikazion ist eine dem Gesetzgeber vorbehaltene Aufgabe. Ein Versuch, ihm diese Aufgabe durch eigene Lösung abzunehmen, muß zu einer Gesetzes-Zerstückelung führen, welche nicht nur die Auffindung der einzelnen Gesetzes-Vorschriften erschwert, sondern namentlich auch die richtige Auslegung gefährdet und beeinträchtigt.

Der Herr Verfasser ist übrigens über das oben angedeutete Ziel hinausgegangen, und hat die vermeintliche praktische Brauchbarkeit seines Werks dadurch zu erhöhen gesucht, daß er dem Texte Noten beigefügt und, unter der Bezeichnung „Anhang" und „Anlagen," die Vorschriften für das Verfahren bei Zuwiderhandlung gegen Gesetze über die Erhebung öffentlicher Abgaben, sowie die Vorschriften über Insinuazionen, und eine Anzahl, das Strafprozeß-Verfahren betreffende Ministerial-Rescripte hat mit abdrucken lassen. — Ein Zusammenhang zwischen den erstgedachten Vorschriften mit dem Plane der Arbeit ist ganz unerfindlich und das übrige Beiwerk kann auf Vollständigkeit keinen Anspruch machen, diese aber ist ein Hauptmaaßstab für den Werth eines zum praktischen Gebrauch bestimmten Handbuchs. Insbesondere fehlen nicht unwichtige Rescripte (so z. B. die Allgemeine Verfügung vom 3. September 1849) und die Noten beschränken sich — abgesehen von Hinweisen auf korrelative Gesetze 2c. — auf die Anführungen von Präjudizien des Ober-Tribunals. Wollte der Herr Verfasser die Auslegung des Gesetzes durch die Praxis in den Bereich seiner Darstellung hineinziehen, dann durfte er an der Grenze, welche er sich gezogen hat, nicht stehen bleiben. Zu einer Bevorzugung, wie solche den Präjudizien gewidmet ist, fehlt es an einem inneren Grunde. Keinenfalls waren diejenigen anderen Entscheidungen des höchsten Gerichtshofs zu übergehen, welche zweifellos zu einer festen Praxis geführt haben. Vergl. beispielsweise die Anmerkung 22 in Oppenhoff's Kommentar und Artikel 86 der Gesetzes vom 3. Mai 1852. —

Vorstehenden Andeutungen gemäß gelangt man zu dem Urtheile, daß das Eingangs bezeichnete Werk hauptsächlich nur für den Kandidaten der Justiz — für den Praktiker nur, sofern es ihm auf eine Rekapitulazion ankommt, von Nutzen sein wird.

Hoffmann, A. G. R.

11.

Praxis der Preußischen Gerichte in Kirchen-, Schul- und Ehesachen. Herausgegeben von Dr. Albrecht Altmann, Königl. Preuß. Gerichts-Assessor. Verlag von Bernhard Tauchnitz. Leipzig 1861. 824 S.

Dieses gediegene Werk, auf welches wir bereits nach dem Erscheinen der drei ersten Lieferungen das juristische Publikum aufmerksam zu machen uns beeilt haben,*) liegt nunmehr vollständig vor. Dasselbe hat inzwischen sowohl in juristischen als in theologischen Zeitschriften, desgleichen auch in der Tagesliteratur eine so günstige, aber auch in jeder Beziehung so verdiente Beurtheilung erfahren, daß es wahrlich keiner weiteren Empfehlungsbriefe bedarf.

---

*) Siehe oben S. 148—150. Auf S. 149 Zeile 21 v. u. ist ein Druckfehler zu berichtigen. Statt: „des öffentlichen Privatrechts" muß es heißen: „des öffentlichen und Privatrechts."


Digitized by Google

An die frühere, bis zum Artikel: niedere Schulen reichende Anzeige anknüpfend, wollen wir nur das Bemerkenswertheste hervorheben. Im letzten Theile der Kirchen- und Schulrechts-Praxis sind die wichtigsten Artikel: Verjährung (L. S. 482—495) und Zehnt (LI. S. 495—571). Namentlich ist der letztere, seiner Wichtigkeit entsprechend, und zwar insbesondere in provinzialrechtlicher Hinsicht mit umfassender Gründlichkeit dargestellt. Der Verfasser ist überall auf die Quellen zurückgegangen und hat, unter sorgfältiger Benutzung derselben sowie der einschlagenden Literatur, die mitgetheilten Entscheidungen der Gerichtshöfe, namentlich des Ober-Tribunals, mit erläuternden oder berichtigenden Zusätzen versehen, die um so dankenswerther sind, je weniger das hier dargebotene Material dem Praktiker zugänglich ist. Beispielsweise sei nur verwiesen auf S. 522 Note 23, S. 530 Note 29, 30, S. 535 f. Note 35, S. 551 f. Note 47, S. 553 f. Note 48.

Die zweite Abtheilung, das Eherecht umfassend (S. 573—748) beginnt mit dem Artikel: Alimentation (LII. S. 572—599), worin die nicht allein durch die Ehe, sondern überhaupt durch Verwandtschaft begründete Alimentationspflicht ihrem ganzen Umfange nach dargestellt wird. Ihm folgt der wichtige Artikel: Eingehung der Ehe (LIII. S. 599—620) und Ehegelöbniß (LV. S. 624—640). Der Verfasser nimmt hier (S. 634 f.) gegen die Meinung des Ober-Tribunals an: „daß nach Kanonischem und dem gemeinen Rechte der katholischen Kirche der Konsens des Vaters in das Verlöbniß des in seiner Gewalt befindlichen Kindes für den Rechtsbestand des Verlöbnisses kein unbedingtes Erforderniß ist“ — eine Ansicht, die nach den gründlichen, auf historische Belege gestützten Ausführungen des Verfassers ihre volle Berechtigung hat. — Der sich hieran anschließende, für die Praxis leider nur zu wichtige Artikel: Ehescheidung (LVI. S. 641—666) ist durch die stete Berücksichtigung der Rechtsübung des mit Ehescheidungssachen so vielfach beschäftigten Stadtgerichts zu Berlin sehr brauchbar gemacht. Von besonderer Bedeutung ist der Artikel: Interdictum de uxore exhibenda ac ducenda (LXII. S. 689—699), enthaltend die bereits in diesen „Beiträgen“ (Bd. IV S. 420 ff.) von dem Verfasser mitgetheilten, mit einigen erläuternden Zusätzen versehenen Erörterungen, die um so mehr Beachtung verdienen, als sie einen Gegenstand betreffen, dessen Behandlung wir, trotz seiner unläugbaren Wichtigkeit und des sich daran knüpfenden juristischen Interesses, in unserer bisherigen Rechtsliteratur vergeblich suchen. Diese Beachtung ist ihnen auch bereits in einer ehrenden Weise zu Theil geworden, indem „der Nestor unserer Preußisch-rechtlichen Literatur“ in seiner „Anleitung zur Preuß. Prozeßpraxis“ B. 1 S. 1131 f. den Ausführungen des Verfassers, die er als „gelungen“ bezeichnet, überall beigetreten ist.*) — Von den folgenden Artikeln mögen nur noch hervorgehoben werden: Interimistikum (LXIII. S. 699—702), wichtig durch den in Note 1 geschichtlich nachgewiesenen Zusammenhang dieses Institutes mit der temporären Separation — Eheliche Kindschaft (LXIV. S. 702—711), wo in der Note 13 das Präjudiz des Ober-Tribunals vom 19. März 1852 (Entsch. B. 22 S. 367 f.) angefochten wird, welches bei der Frage, ob ein von einer separirten Ehefrau geborenes Kind für ein eheliches oder uneheliches zu erachten sei, den Zeitpunkt der Rechtskraft des Urtheils mit demjenigen Tage annimmt, an welchem ihr das Scheidungs-Urtheil, gegen das sie kein Rechtsmittel erhoben hatte, insinuirt worden ist, während der Verfasser den Tag der Publikation des Erkenntnisses als den

*) Referent hat sich über diese Anerkennung um so mehr gefreut, als die angeführte Stelle die einzige ist, an welcher Koch in seinem verdienstvollen Werke auf unsere „Beiträge“ Rücksicht genommen hat.

Digitized by Google

Tag der Rechtskraft desselben angesehen wissen will.*) Den letzten Artikel bildet: Das Verfahren in Ehescheidungssachen (LXXII. S. 738—748). Am Schlusse des Werkes werden noch Nachträge und Berichtigungen gegeben. Die beigefügte sehr vollständige Inhaltsübersicht führt die in jedem einzelnen Artikel abgehandelten Gegenstände auf. Ebenso wird die praktische Brauchbarkeit des Werkes erhöht durch ein nach allen Richtungen hin angelegtes Register, enthaltend I. die Nachweisung der aus den Gesetzbüchern erläuterten Stellen; II. ein chronologisches Register; III. eine Zusammenstellung der mitgetheilten Präjudizien des K. Ober-Tribunals; IV. einen Index geographicus. — Wir können schließlich nur den Wunsch wiederholen, daß ein in jeder Beziehung mit so rühmlichem Fleiße ausgearbeitetes Werk am wenigsten bei dem juristischen Publikum die verdiente Aufnahme vermissen möge.

Dr. J. A. Gruchot.

*) Den negativen Theil des gedachten Präjudizes, wonach die Rechtskraft des Urtheils nicht erst mit dem Ablauf der Rechtsmittelfrist eintreten soll, erkennt der Verfasser als entschieden richtig an. Umgekehrt ist die oben S. 373 f. mitgetheilte Erörterung von Oehlschläger gerade gegen diesen Theil gerichtet.

12.

Ueber die Beweiswürdigung im Civilprozeß. Mit besonderer Rücksicht auf das Preußische Recht. Von Kroll, K. Preuß. Gerichts-Assessor. Leipzig 1862. J. C. Hinrichs'sche Buchhandlung. 82 S.

Die gesetzliche Beweistheorie des Civilprozesses hat in den letzten Jahren vielfach das deutsche juristische Publikum beschäftigt. Mehrfach ist die Ansicht ausgesprochen, sowie der Richter oder Geschworne im Criminalprozesse ohne alle positive Beweisregeln lediglich nach seiner subjektiven Ueberzeugung über das, was für erwiesen zu achten, entscheide, so müsse er dies auch im Civilprozesse thun; es sei kein Grund vorhanden, weshalb der Richter im Civilprozesse weniger frei über den Beweis urtheilen solle, als im Criminalprozesse; die Ermittelung der materiellen Wahrheit müsse der Richter ebenso im Civil- als im Criminalverfahren als Ziel seiner Thätigkeit verfolgen.

Die Entscheidung der Frage, ob überhaupt Beweisregeln für den Civilprozeß beizubehalten seien, ist dem Juristentage, welcher im August 1861 zu Dresden versammelt war, vorgelegt, von ihm aber vertagt worden. Diese Frage ist nun in der vorliegenden Broschüre des Assessors Kroll behandelt.

Die Erörterung des Verfassers zerfällt in sechs Abschnitte. Er gibt zunächst eine kurze Darstellung der historischen Entwickelung der Beweistheorie des Civilprozesses, untersucht dann die Motive der gegenwärtig geltenden Beweisvorschriften unserer Gerichts-Ordnung, betrachtet hiernächst den Rechtszustand, welcher im Falle der Aufhebung des bestehenden an dessen Stelle treten würde, faßt hierauf die Frage ins Auge, ob das Bedürfniß einer Aenderung des jetzigen Rechtszustandes vorhanden sei, und bespricht sodann die Erfahrungen, welche die Einführung einer freien Beweistheorie im Criminalprozesse und in einigen Arten des Civilprozesses ergeben hat. Das Resultat seiner Betrachtungen faßt der Herr Verfasser am Schlusse seiner Schrift dahin zusammen:

Digitized by Google

„Wie wir gesehen haben, gibt der Preußische Prozeß nur wenige die Ueberzeugung des Richters absolut bindende Beweisregeln. Die Beibehaltung derselben erscheint nicht nur nothwendig, da sie der in unserm Civilprozesse geltenden Maxime entsprechen, sondern sie empfiehlt sich auch, weil sie auf Logik und Erfahrung begründet sind...."

Die Ausführungen des Verfassers vereinigen überall große Klarheit und Bestimmtheit mit Gründlichkeit, er hat die einschlagende neuere Literatur des Preußischen und gemeinen Rechts mit Fleiß benutzt; nur eine Berücksichtigung des inhaltsreichen Vortrags, welchen der Professor Dr. Gneist über die in Rede stehende Frage in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin gehalten und welchen die in Berlin erscheinende Deutsche Gerichts-Zeitung im Auszuge mitgetheilt hat, haben wir vermißt.

Von den Deductionen des Verfassers wollen wir nur die mittheilen, worin er S. 26 ff. die Ansicht derer bekämpft, welche es für eine Inconsequenz halten, daß im Civilprozesse eine andere Beweistheorie gelte als im Criminal-Verfahren. Er sagt:

„Es darf bei Erörterung der vorliegenden Frage nicht vergessen werden, daß es sich um Verpflanzung eines Rechtsinstituts auf einen von seinem bisherigen ganz verschiedenen Boden handelt, m. a. W., daß Zweck, Gegenstand und Principien des Civilprozesses ganz andere sind, als die des Criminalprozesses. Dies übersieht Busch.... und Endemann, welcher meint, für die in Rede stehende Ausdehnung liege die Analogie des Strafprozesses nahe.... Im Civilprozesse sind die streitigen Rechte zweier Parteien, die sämmtlich veräußerlich und der Disposition derselben unterworfen sind, „das Mein und Dein," Gegenstand des Verfahrens; es ist Sache der Partei, ihre Rechte wahrzunehmen, ihre Einreden und Repliken vorzubringen und ihre Beweismittel anzuzeigen; jede Nachlässigkeit, welche sie sich dabei zu Schulden kommen läßt, schadet ihr. Im Criminalprozesse dagegen handelt es sich um unveräußerliche Rechte, wie Ehre, Freiheit und Leben, um ihre Verletzung und das dem Verzicht der Parteien nicht unterworfene öffentliche Interesse. Deshalb ist es hier Pflicht des Richters, von Amtswegen die Wahrheit zu erforschen.... Wie kann von Erreichung materieller Wahrheit, von einer Ueberzeugung des Richters im Civilprozesse die Rede sein, wenn die Parteien dem Richter nach ihrer Willkühr nur dasjenige Beweismaterial vorführen, welches sie für geeignet und hinreichend halten, ihre Behauptungen zu unterstützen, wenn der Verhandlung nicht die Erforschung der Wahrheit, sondern gegenseitige Anerkenntnisse und Verzichte zu Grunde liegen, durch welche nur die förmliche Wahrheit, resp. juristische Gewißheit hergestellt werden soll!.... Deshalb muß der Satz aufgestellt und festgehalten werden, daß Verhandlungsmaxime und Beweistheorie einander ausschließen."

In der Hauptsache namentlich in dem, was der Verfasser in der angeführten Stelle und S. 35 so wie S. 64 seiner Schrift zur Widerlegung der Ansichten von Busch und Endemann sagt, von welchen ersterer unter andern die Aufhebung der Appellations-Instanz im Civilprozesse für durchaus gerechtfertigt hält, können wir demselben nur vollständig beitreten; doch möchten wir noch auf einen Punkt aufmerksam machen, in Bezug auf welchen wir anderer Meinung sind.

So wenig wir nämlich für gänzliche Abschaffung der Beweisregeln im Civilprozesse sind, so sehr wir als richtig anerkennen, was schon Justus Möser und

Digitized by Google

Reinhardt ausgesprochen haben, daß es sich im Civilprozesse nur um formelle, nicht um materielle Wahrheit handeln kann, so möchten wir doch dem Richter in Bezug auf die Würdigung der vorgebrachten Beweise ein freieres Ermessen geben, als ihm bis jetzt das Gesetz und die Praxis unserer Gerichte gestatten. Uns schwebt hierbei das Beispiel des Französischen Rechts vor. Die Redactoren desselben sind bekanntlich in dieser Lehre vorzugsweise der Autorität des bekannten Rechtslehrers Pothier gefolgt. Nach seinem Vorgange haben sie die Beweisregeln nicht in der Prozeß-Ordnung, sondern in dem Obligationenrecht vorgetragen. Pothier stellt nun aber in seinem traité des obligations die Ansicht auf, es sei wünschenswerth, die Zahl der vom Richter den Parteien auferlegten Eide möglichst zu beschränken; die Erfahrung lehre, daß die Parteien die Eide, auf welche erkannt sei, fast immer ableisten; wenn daher der Richter in jedem Falle, wo auch nur etwas an einem vollen Beweise fehle, auf einen Erfüllungseid und in jedem Falle, wo auch nur der Anfang eines Beweises da sei, auf einen Reinigungseid erkenne, so erreiche er Nichts als eine unnöthige Vermehrung der Eide. Er ermahnt daher, möglichst wenig auf Erfüllungs- und Reinigungseide zu erkennen.

Dieser Theorie Pothier's ist die Französische Gesetzgebung sowie die Praxis der Französischen und Rheinischen Gerichte gefolgt. Sie hat sich namentlich in der Rheinprovinz so gut bewährt, daß wir ihre Einführung in ganz Deutschland für wünschenswerth halten möchten. Wenn wir aber auch in dieser Beziehung mit der Ansicht der vorliegenden Broschüre nicht übereinstimmen, glauben wir dieselbe doch wegen ihrer bereits hervorgehobenen Verdienste allen denen, welche sich für die Beweistheorie des Civilprozesses interessiren, zur Beachtung empfehlen zu müssen.

Dr. Silberschlag.

13.

Kurze Erörterungen über den Akkord im kaufmännischen Konkurse nach der Konkursordnung vom 8. Mai 1855. Von Th. Lesse, Kreisrichter in Thorn. Thorn 1861. Verlag von Ernst Lambeck. 35 S.

In dieser kleinen Schrift weist der Verf. mit praktischem Blick auf die Mängel der bisherigen Vorschriften über das Akkordverfahren hin und macht zu deren Beseitigung Vorschläge, die aller Beachtung werth sind. Nach seiner Ansicht hat die Gesetzgebung vorzugsweise Zweierlei zu berücksichtigen: „a. es muß darauf hingewirkt werden, daß möglichst allen Gläubigern die Theilnahme an der Akkordschließung gewährt resp. erleichtert werde; b. die Vorschriften über die Bestätigung des Akkords müssen verschärft werden.

Zu a geht sein Vorschlag dahin, den Akkord erst nach dem zweiten Prüfungstermine zuzulassen. Er formulirt denselben dahin: „Von vorneherein wird keine zweite Anmeldungsfrist nebst Prüfunstermin bestimmt vielmehr erst dann, wenn sich nach Ablauf der ersten herausstellt, daß Gläubiger vorhanden, welche ihre Forderungen noch nicht angemeldet haben, und zwar wird diese zweite Frist je nachdem die Gläubiger ausländische sind oder nicht, länger oder kürzer, höchstens aber auf 2 bis 3 Monate bestimmt und abgesehen von der öffentlichen Bekanntmachung denjenigen, welche sich noch nicht gemeldet haben, hiervon besonders Nachricht gegeben. Ist nun

inzwischen, d. h. bis zum Ablaufe der ersten Frist, ein Antrag auf Akkord eingegangen, so wird mit Anberaumung des zweiten Prüfungstermins zugleich bekannt gemacht, daß am Schlusse desselben die Erörterung über die Stimmberechtigung der in **beiden** Prüfungsterminen streitig gebliebenen Forderungen erfolgen werde, und dieselbe Bekanntmachung enthält zugleich die Anberaumung des auf 14 Tage nach dem zweiten Prüfungstermine hinauszusetzenden Akkordtermins. Geht aber der Antrag auf Akkordverfahren erst nach Ansetzung des zweiten Prüfungstermins ein, so muß der Erörterungs- und Akkordtermin allerdings besonders bekannt gemacht werden, jedoch ist auch dann die vorbezeichnete 14tägige Frist einzuhalten, und sofern der Antrag noch rechtzeitig eingekommen, der Erörterungstermin nachträglich mit dem zweiten Prüfungstermine zu kombiniren. Bedarf es endlich eines zweiten Prüfungstermins überhaupt nicht, so bleibt es bei den bestehenden Vorschriften." In Motivirung dieses Vorschlages, wobei auf die englische und die französische Gesetzgebung Rücksicht genommen wird, spricht sich der Verfasser zugleich über eine angemessene Abänderung der Vorschriften, betreffend die Wahl des Verwalters und des Verwaltungsrathes aus und gedenkt auch der Streitfrage über die Berechtigung zur Theilnahme an den Akkordverhandlungen rücksichtlich der Inhaber der erst nach dem ersten Prüfungstermine angemeldeten und bis zum Termine zur Verhandlung über den Akkord festgestellten Forderungen.

Zu b. zeigt der Verfasser das Unzureichende der Vorschriften des § 193 der K. O. und will durch einige Zusatzbestimmungen den gerügten Mängeln abgeholfen wissen. Schließlich verbreitet er sich über die Nachtheile, welche der, selbst durch Akkord beendete Konkurs in Bezug auf die bürgerliche Stellung des Cridars zur Folge hat und schließt mit der Bemerkung: „Es wäre zu wünschen, wenn die Gesetzgebung nicht lange mehr zögerte den erwähnten Uebelständen abzuhelfen. Zwar ist unsere Konkursordnung auch noch in anderen Beziehungen der Revision und Verbesserung bedürftig. Allein unter allen Mängeln sind die hervorgehobenen doch bei Weitem die fühlbarsten und an praktischen Erfahrungen kann es auf diesem Gebiete wahrlich nicht mehr fehlen. Für einen Theil der in diesen kurzen Erörterungen besprochenen Verbesserungsvorschläge ist endlich noch eine andere Erwägung maaßgebend: Nach dem Entwurfe des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches sollen wir bekanntlich Handelsgerichte erhalten, bei welchen Kaufleute als Richter mit entscheidendem Stimmrecht fungiren werden. Kommt es hiezu aber, so wird eine größere Präcisirung der Vorschriften über die Bestätigung des Akkordes noch mehr als bisher wünschenswerth sein, denn die Gefahr bei der jetzigen Fassung des Gesetzes den richtigen Standpunkt zu verlieren ist für den Nichtjuristen noch größer als für den Rechtsgelehrten!" —

Dr. J. A. **Gruchot.**


Digitized by Google

Abhandlungen.

Nr. 11.

Die passive Correalobligation nach Preußischem Rechte.

Vom Kreisrichter Wienstein in Stettin.

Vorbemerkungen.

Die nachfolgenden Erörterungen sind das Ergebniß längerer Beschäftigung mit einem Gegenstande, der ohne Zweifel zu den interessantesten der Rechtswissenschaft gehört. Daher ist ihm denn auch von den Lehrern des Römischen Rechts eine fast überreiche Pflege geworden, so daß die Praxis wohl kaum diesen wechselnden Theorien zu folgen vermocht hat. — Anders die Litteratur unseres Preußischen Rechts, welche, wenn man die trefflichen Schriften von Koch ausnimmt, bis zur neuesten Zeit in wenig eingehender Weise diesem Theile unserer Wissenschaft sich zugewandt hat. — Den Grund dieser Erscheinung möchte ich vornehmlich in der Meinung suchen, daß die Lehre von den Correalobligationen ziemlich unpraktisch sei und die auf sie verwendete Mühe kaum lohne: eine Erwägung, die um so mehr ins Gewicht fällt, als bei uns leider immer noch die Wissenschaft fast ausschließlich unter der Pflege der Praktiker gedeihen soll. Dazu kommt die unläugbare Schwierigkeit der Lehre, welche um so hemmender entgegentritt, je mehr man in das Detail eingeht. —

Nichts desto weniger schien es mir des Versuchs werth, die großen Resultate, welche die Wissenschaft des Röm. Rechts in neuerer Zeit auf diesem Gebiete errungen hat, auch für unser Recht fruchtbar zu machen; nicht so, daß man letzteres, wie wohl geschehen, in fremde Formen einzuzwängen strebt, und durch angebliche Auslegung gefunden zu haben vorgiebt, was man von Außen zuvor selbst hineingelegt hat; sondern so, daß man mit einem durch wissenschaftliche Beschäftigung geübten (nicht voreingenommenen) Blicke an unser Recht herantritt, und dessen Ausbildung in denjenigen Einzelheiten, welche auch die beste Gesetzgebung nicht zu umfassen vermag, zu fördern sucht. Auf solche systematische und zugleich detaillirte Bearbeitung der einzelnen Rechtsinstitute, unter thunlichster Benutzung des reichen Schatzes der gemeinrechtlichen Wissenschaft, scheint

Digitized by Google

es mir für uns vor allem anzukommen. — Weder der Wissenschaft noch der Praxis ist mit der bloßen Aufstellung der leitenden Grundsätze gedient; es gilt, dieselben durch möglichst spezielle Anwendung zu veranschaulichen und zu bewähren. —

Dies das Ziel dieser Abhandlung, von welchem eine gute Strecke entfernt geblieben zu sein, ich mir freilich wohl bewußt bin. Indessen je mehr den Praktikern Zeit und Gaben zur völligen Durchforschung wissenschaftlicher Gebiete zu mangeln pflegen, um so wünschenswerther ist es gewiß, daß recht viele nach ihren Kräften Material zur künftigen Verwendung durch eine fähigere Hand herbeischaffen. —

Die Beschränkung auf die passive Correalobligation schien sich dadurch zu rechtfertigen, daß unser Landrecht über die active keinerlei Bestimmungen enthält, die zu einer selbständigen Bearbeitung Anhalt bieten könnten. Zudem lag eine erschöpfende Darstellung der ganzen Lehre so wenig in meiner Absicht, als in meinen Kräften. —

Sehr dankenswerthe Vorarbeiten hat bereits diese Zeitschrift in der Abhandlung des Herrn Appellations-Gerichts-Raths von Kräwel (Bd. III S. 10 f.) und in den Glossen des Herrn Herausgebers (Bd. III S. 288 ff.) gebracht, die in Nachfolgendem stete Berücksichtigung gefunden haben. Das Römische Recht, dessen Kenntniß natürlich auch hier die unentbehrliche Grundlage ist, habe ich, der nothwendigen Beschränkung wegen, nur so weit in den Kreis der Betrachtung ziehen zu dürfen geglaubt, als es zum Verständnisse des Preußischen Rechts nothwendig schien. —

Die folgende Darstellung wird nun zum Gegenstande haben:

1. den Begriff und das Wesen der passiven Correalobligation;
2. deren Entstehung;
3. die Wirkungen der Correalität.

I. Begriff und Wesen der passiven Correalobligation.

§ 1.

Das Interesse des Gläubigers an sicherer und bequemer Rechtsverfolgung fordert die rechtliche Möglichkeit, daß Mehrere für eine und dieselbe Verbindlichkeit dergestalt eintreten, daß Jeder für das Ganze haftet, und der Gläubiger die Wahl hat, an welchen von ihnen er sich halten wolle. — Wie war diese dem Rechte gestellte Aufgabe zu lösen? Anscheinend einfach dadurch, daß Mehrere sich, ein jeder besonders, zu derselben ungetheilten Leistung verpflichteten. Indessen, nahm man hier

Digitized by Google

gesonderte Obligationen mit gleichem Inhalte an, so brachte man die Schuldner in die Lage, ein Jeder das Ganze leisten zu müssen. Denn bekanntlich finden nur bei Concurrenz lucrativer Titel durch die Realisirung des einen auch die übrigen ihre Erledigung, während andere auf dasselbe Objekt gerichtete Obligationen sehr wohl neben einander bestehen können, ohne daß durch die Erfüllung der einen auch die andere getilgt zu sein braucht (l. 17—19 D. de O. et A. 44, 7).

Es kam also darauf an, den gleichen Inhalt der beiden (oder mehreren) Verpflichtungen gleichsam in einen zusammen zu schieben. Dies erreichten die Römischen Juristen dadurch, daß sie in dem vorausgesetzten Falle nur eine Obligation mit mehreren, auf das Ganze verpflichteten Schuldnern annahmen. Durch diese Formel haben sie der gestellten Aufgabe aufs Einfachste entsprochen. Denn aus der Einheit der Obligation folgt von selbst die Einheit des Objects, wie Ulpian in l. 3 § 1 D. 45, 2 hervorhebt:

„utique enim, quum una sit obligatio, una et summa est, sive unus solvat, omnes liberentur, sive solvatur ab altero, liberatio contingat."

Mit Unrecht hat man hieran Anstoß genommen und Ulpian einen Mangel an Logik vorgeworfen, da doch vielmehr umgekehrt die Einheit des Objects die Einheit der Obligation zur Folge habe. Dieser Vorwurf beruht, wie mir scheint, auf Verkennung des Wesens der eigentlichen Correalobligation. Denn da bei ihr die Einheit des Objects der mehreren Verpflichtungs-Erklärungen lediglich auf dem Vertragswillen der Contrahenten beruht, so konnte sie meines Erachtens juristisch nur durch die Einheit der Obligation herbeigeführt werden, so daß also die letztere in der That der Grund der ersteren ist. — Dies wird deutlicher durch eine Vergleichung mit den Fällen der bloßen Solidarität, wo trotz des gleichen Inhalts mehrere gesonderte Obligationen angenommen werden, weil es an einem gemeinschaftlichen Verpflichtungswillen fehlt. Dort giebt es gleichfalls mehrere Verpflichtete, von denen jeder für dasselbe Ganze haftet, welches nur einmal geleistet zu werden braucht; aber dies Object der mehreren Obligationen ist nicht durch Vertragswillen bestimmt, sondern anderswoher gegeben, und die Einheit desselben (d. h. die nur einmalige Erfüllungspflicht) beruht nicht auf der materiellen Gleichheit, sondern darauf, daß aus anderen in der Natur der Sache liegenden Gründen der Gläubiger das Ganze nur einmal fordern darf. Oder mit andern Worten: der belangte Schuldner kann dem bereits durch einen anderen befriedigten Gläubiger nicht den Einwand entgegensetzen, daß er das Object seiner Obligation bereits anderswoher empfangen habe (denn dies allein würde ihn nach Obigem

Digitized by Google

nicht befreien), sondern daß er kein Recht zur Klage mehr habe, weil ihm das rechtliche Interesse fehle.

l. 1 § 4 D. 2, 10: si plures dolo fecerint, omnes tenentur: sed si unus praestiterit poenam, ceteri liberantur, cum nihil intersit. —

Die Eigenthümlichkeit dieser Fälle besteht also nicht darin, daß trotz der mehreren Obligationen das Ganze nur einmal gefordert werden darf, — denn dies hat seinen natürlichen Grund in der Beschaffenheit des Rechtsanspruchs; — sondern darin, daß die mehreren Verpflichteten, ohne darauf gerichteten Willen, solidarisch und nicht vielmehr getheilt haften. Die Erklärung hierfür liegt gleichfalls in der Beschaffenheit der einzelnen Solidaritätsfälle, die fast alle den Ersatz eines durch Mehrere verursachten Schadens betreffen. Hier war grade ein besonderer Schutz des Gläubigers gegen die etwaige Insolvenz einzelner Schuldner nöthig, so daß in der That die Solidarität materiell als eine subsidiäre Haftung der zahlungsfähigen Schuldner für die unvermögenden aufgefaßt zu sein scheint (cf. l. 45 D. 26, 7, l. 1 § 11, 12 D. 27, 3); andererseits mochte wohl die Erwägung, daß eigentlich jeder durch seine besondere Verschuldung den Anlaß zu dem ganzen Schaden gegeben habe, den er durch pflichtmäßiges Handeln hätte abwenden können, auch dahin geführt haben, jeden für das Ganze haftbar zu erklären. Beide Gesichtspunkte finden sich hervorgehoben in l. 38 § 1 D. 26, 7:

si quidam ex his (sc. tutoribus) idonei non sint, onerabuntur sine dubio ceteri; nec inique, quum singulorum contumacia pupillo damnum in solidum dederit. —

Man wird also durch die Berufung auf diese Solidaritätsfälle die Möglichkeit, daß lediglich durch den Willen der Betheiligten verschiedenen Obligationen ein Inhalt gegeben werden könne, nicht zu beweisen vermögen. Ist dieser Nachweis aber, — wie mir scheint, — überhaupt nicht zu führen, so steht es fest, daß die Römischen Juristen auch hier wieder mit sicherm Tacte das Richtige getroffen haben, indem sie die Construktion des Correal-Verhältnisses auf die Einheit der Obligation gründeten. Sie befinden sich hierbei auch im völligen Einklange mit der natürlichen Anschauungsweise. Denn was wäre derselben geläufiger, als bei der Verpflichtung Mehrerer zu einer ungetheilten Leistung anzunehmen: sie haben nur eine Schuld contrahiren, also eine Obligation eingehen wollen. —

So einfach freilich, wie die Formel: „eine Obligation mit mehreren Schuldnern“ klingt, ist sie bei näherer Betrachtung nicht. Denn nun entsteht die Frage: wie ist es möglich, daß in einer Obligation mehrere Schuldner stehen können, von denen jeder so ganz Schuldner

Digitized by Google

ist, als wenn er der einzige wäre? Zur Veranschaulichung dieser Möglichkeit kann zunächst die Vergleichung mit der alternativen Obligation dienlich sein; so wie dort die Mehrheit der Objecte, so thut hier die Mehrheit der Subjecte der Einheit der Obligation keinen Eintrag. Aber weiter darf man mit diesem Vergleiche nicht gehen, namentlich nicht so weit, anzunehmen, daß auch bei der Correalobligation schließlich nur einer oder der andere Schuldner wirklich als solcher erwählt werden müsse. Dies wäre entschieden irrig; sie alle sind von Anfang an in ganz gleichem Maaße Schuldner, so daß der Gläubiger nicht gehindert ist, sie alle pro rata in Anspruch zu nehmen. — Das Wesen der Correalobligation besteht vielmehr darin, daß jeder der mehreren Schuldner die Fähigkeit in sich hat, die ganze gemeinschaftliche Obligation von der Schuldnerseite zu repräsentiren und vom Gläubiger als Vertreter derselben behandelt zu werden. Diese Fähigkeit äußert sich aber nicht bei jedem stets actuell; und hier ist der Umstand, daß mehrere Schuldner existiren, von besonderer Erheblichkeit. Dadurch nämlich, daß jeder Schuldner noch andere neben sich hat, die gleichfalls geeignet sind, die passive Seite der Obligation selbständig zu vertreten, wird es nothwendig, von der allen gemeinsamen Obligation zu dem Gläubiger noch eine besondere Beziehung eines jeden correus zu jener communis obligatio zu unterscheiden. Diese Beziehung kann alterirt, ja ganz aufgehoben werden, ohne daß dadurch der Bestand der gemeinsamen Obligation verändert würde, weil eben noch andere Subjecte derselben vorhanden sind. Daher ist nicht jeder Mitschuldner in Allem, was seine Beziehung zu der gemeinsamen Obligation betrifft, zugleich deren Repräsentant; es kommt vielmehr bei jedem derartigen Ereignisse darauf an, ob eine Einwirkung auf die gemeinsame Obligation in der Absicht der Betheiligten lag, oder auch ohne solche rechtlich nothwendiger Erfolg desselben sein mußte. Durch diese Doppelbeziehung, — welche offenbar Veranlassung gewesen ist, daß Römische Juristen zuweilen in nicht sorgfältig gewähltem Ausdrucke von einer besonderen Obligation jedes correus reden — s. z. B. l. 9 § 2 D. 45, 2, — unterscheidet sich nun die Correalobligation wesentlich von der getheilten, und gewinnt eine mit mannigfachen Schwierigkeiten verknüpfte, complicirte Gestaltung. — Hieraus erklärt sich die Möglichkeit, daß die Haftungspflicht der einzelnen Schuldner von Anfang an in gewissen Modalitäten verschieden sein kann, z. B. durch Zufügung eines dies, oder einer Bedingung, sofern nur der objective Bestand der Obligation, der Inhalt der Verpflichtung derselbe bleibt (l. 7 D. 45, 2); wogegen freilich jede Verabredung, die diesen Inhalt zu einem andern macht, die Einheit der Obligation aufhebt:

Digitized by Google

l. 9 ibid: Sed si quis in deponendo apud duos paciscatur, ut ab altero culpa quoque praestaretur, verius est, non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio.

Denn der Wille der Interessenten, eine Obligation mit verschiedenem Inhalte für jeden zu begründen, wäre in sich widerspruchsvoll, also rechtlich unmöglich. —

Es erklärt sich daraus ferner, daß nach Begründung der Correalobligation in noch ausgedehnterem Maaße Modificationen in der Verbindlichkeit der einzelnen correi eintreten können, ohne Wirkung auf den sonstigen Bestand der gemeinsamen Obligation; daher heißt es in der l. 9 § 1 cit. im Anschlusse an die vorhin citirten Worte:

non idem probandum est, quum duo quoque culpam promisissent, si alteri postea pacto culpa remissa sit, quia posterior conventio, quae in alterius persona intercessit, statum et naturam obligationis, quae duos initio reos fecit, mutare non potest.

Es wird sich weiterhin Gelegenheit finden von diesem wichtigen Grundsatze detaillirte Anwendung zu machen. —

Diese allgemeinen, wesentlich an die herrschende Lehre sich anschließenden Betrachtungen mögen hier als Grundlage der nachfolgenden spezielleren Erörterungen genügen; ein genaueres Eingehen auf die interessanten Probleme dieser Lehre und insonderheit auf die neuerlich gegen die Einheitstheorie gerichteten Angriffe liegt außerhalb des Bereichs dieser Abhandlung.*)

§ 2.

(Fortsetzung.)

Wenden wir uns jetzt zu unserem Preußischen Rechte, so darf man freilich von ihm eine so feine Ausbildung und Verwerthung des Cor-

*) cf. Savigny, Obligationenrecht Bd. I S. 136 ff., Puchta, Pand. (3. Aufl.) S. 336 ff., dessen Institutionen Bd. III S. 36 ff., von Vangerow, Leitfaden (1. Aufl.) S. 66—70, Samhaber, zur Lehre von der Correalobligation (Erlangen 1861) S. 25 ff., S. 83 ff. So viel ich sehe, sind alle jene Angriffe nicht geeignet, die in den Quellen fest gegründete, auch in sich wohl gerechtfertigte gemeine Meinung zu erschüttern. Insbesondere ruht Kuntze's Deduction von der Unverträglichkeit der Einheit mit dem Obligationsbegriffe doch wohl auf einer petitio principii, und seine „Schwesterobligationen" mit gleichem Inhalte scheinen mir ein weit gekünstelteres Gebilde, als die bisher angenommene eine Obligation mit mehreren Subjecten. Hat er doch die Selbständigkeit dieser Schwesterobligationen gegen einander nur durch die schwer verständliche Unterscheidung zwischen dem Gegenstande (Rechtsobjecte) und dem Inhalte (oder Vermögensstoffe) der Obligation zu retten vermocht, und dadurch den besten Beweis für die Schwierigkeit der Aufgabe geliefert, etwas Besseres an die Stelle der herrschenden Lehre zu setzen.

Digitized by Google

realitätsbegriffs — wie sie uns im Römischen Rechte entgegentritt — von vorn herein nicht erwarten. —

Das allg. Landrecht stellt keine Definition der passiven Correalobligation auf, bestimmt indessen ihr Wesen ganz correct dahin: „daß die mehreren Verpflichteten einer für alle und alle für einen haften.“ § 424 I. 5 A. L. R.

Diese Formel, welche ja auch schon für die deutschrechtliche Schuld zu gesammter Hand üblich war, ist überhaupt die eigentlich technische für die Correalobligation, wie sich aus wiederholter Anwendung ergiebt (§§ 29, 32 I. 6, § 59 I. 14, § 288 II. 18 A. L. R.).

Daneben finden sich auch die Ausdrücke: „auf's Ganze verpflichtet sein“ — § 201 I. 13, — und „gemeinschaftliche (oder „gemeinsame“) Verpflichtung“ §§ 427 I. 5, § 30 I. 6, § 202 I. 13, § 379 I. 14. —

Indessen ist der letztere Ausdruck von zweifelhafter Bedeutung, da er bisweilen auch für die nicht solidarische Verpflichtung Mehrerer zu einer gemeinschaftlichen Leistung gebraucht wird (§ 389 I. 12, § 127 I. 17).

Faßt man diese verschiedenen Umschreibungen und Bezeichnungen zusammen, so ergiebt sich wohl unzweifelhaft als landrechtlicher Begriff der passiven Correalobligation: eine Obligation (Verbindlichkeit) mit mehreren Schuldnern, von denen ein jeder dem gemeinsamen Gläubiger aufs Ganze verpflichtet ist. — Hierfür sprechen:

1. die Bedeutung der Formel: einer für alle und alle für einen, welche entschieden auf Einheit der Obligation hinweist,
2. die constante Ausdrucksweise des L. R., welches von der Verpflichtung der mehreren Schuldner stets im Singularis redet (z. B. §§ 426, 430, 431 I. 5),
3. die Wirkungen gewisser Handlungen eines Verpflichteten auf die übrigen, wovon weiterhin gehandelt werden wird,
4. die bereits oben hervorgehobene natürliche Anschauungsweise, welche man meist im A. L. R. vertreten finden wird, und die auch Suarez geläufig war, wie seine Bemerkung in der revis. monit. ersehen läßt:

> „Der Natur der Sache ist es gemäß, daß der, welcher sich mehrere debitores constituiren läßt“ u. s. w.

Ueberdies bietet auch die moderne Auffassung der Obligation der Annahme mehrerer Verpflichteter weit weniger Schwierigkeit, als dies vielleicht die Römische thun mag. — Hat sich doch die Obligation mit der Zeit immer mehr der Abhängigkeit von bestimmten Subjecten entledigt und zu einem den Sachen ähnlichen Vermögensobjecte gestaltet,

Digitized by Google

welches ohne Gefährdung seines Bestandes aus einer Hand in die andere gehen kann.

cf. Bähr, zur Cessionslehre in Ihering's u. Gerber's Jahrbüchern Bd. I S. 351 ff.

Wie sehr diese Anschauung in das A. L. R. übergegangen ist und fast zu einer Gleichstellung der Forderungen mit den körperlichen Sachen geführt hat, ist bekannt genug. Um so weniger wird man Anstand nehmen können, den schon von der Wissenschaft des Römischen Rechts aufgestellten Begriff der Correalobligation auch für unser Recht gelten zu lassen.

Es versteht sich übrigens von selbst, daß man die erst später aus den Rechtsquellen ermittelte Unterscheidung der Correal- und bloß solidarischen Obligationen, — so sehr dieselbe auch innerlich begründet ist, in unserem Landrechte nicht suchen darf. Vielmehr findet sich die Gleichstellung eines nach R. R. unzweifelhaft den letzteren beizuzählenden Falles — nämlich der Verpflichtung mehrerer Beschädiger zum Schadensersatze — mit der vertragsmäßigen Correalobligation ausdrücklich ausgesprochen (§ 30 I. 6). — Indessen wird man diese, wenn auch unbeabsichtigte Vereinfachung des ohnehin schwierigen Rechtsverhältnisses kaum als einen Mangel unserer Gesetzgebung empfinden können. —

II. Entstehung der Correalobligation.

§ 3.

Die Entstehungsgründe lassen sich auf vier Classen zurückführen: 1. Vertrag; 2. letztwillige Verordnung; 3. besondere gesetzliche Vorschrift; 4. richterliches Erkenntniß.

a. Vertrag.

Dies war schon nach R. R. bei weitem der häufigste Entstehungsgrund der Correalobligation; vor allem die Stipulation, neben ihr die Consensual- und freien Realverträge, zuletzt auch das Darlehn, dessen strenge Natur am längsten der Zulassung formloser Nebenabreden widerstand. Indessen mußte der Vertragswille ausdrücklich auf Correalität gerichtet sein, sonst entstanden Theilobligationen. Bei der Stipulation gelangte dieser Wille durch die Fassung der Frage und Antwort, welche die Identität des Objects außer Zweifel stellte, zum Ausdruck (eosdem quinque aureos dare spondes? — spondeo); bei den übrigen Verträgen durch bloße Nebenabreden, die bei den bon. fid. contractus von Anfang an volle Wirkung hatten. cf. Savigny, Obl.-R. I S. 146 ff.

Digitized by Google

Auch nach Preußischem Rechte ist der Vertrag der normale Entstehungsgrund. Indessen geht das A. L. R. von einer dem R. R. entgegengesetzten Auffassung von Regel und Ausnahme aus, indem es im § 424 I. 5 bestimmt:

„Haben mehrere Personen zugleich sich einem Dritten in einem und eben demselben Vertrage verpflichtet, so ist, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich verabredet worden, anzunehmen, daß einer für alle und alle für einen dem Berechtigten für die Erfüllung haften."

Hiernach gilt also in dem vorausgesetzten Falle die Correalität als Regel; soll dieselbe ausgeschlossen werden, so bedarf es dazu einer deutlichen Erklärung in dem Vertrage selbst § 425 ibid. —

Es ist diese Bestimmung lebhaft getadelt worden (cf. Gruchot a. a. O. S. 297 ff.); wie mir scheint, zu hart, da doch auch das allg. deutsche Handelsgesetzbuch dieselbe Präsumtion in ausgedehnter Weise aufgestellt hat. —

Natürlich tritt diese Präsumtion nur in dem Falle gleichzeitiger Verpflichtung Mehrerer ein. Es steht jedoch der Annahme nichts entgegen, daß auch durch successive Erklärungen Correalobligationen erzeugt werden können, wenn der Wille hierauf gerichtet und zum Ausdruck gekommen ist (§ 378 I. 14). In wie fern die gemeinschaftliche Verpflichtung auf das Verhältniß der Schuldner unter einander von Einfluß ist, wird bei der Lehre vom Regresse erörtert werden (cf. Gruchot S. 302 ff.)

Spezielle Anwendung von dem Grundsatze des § 424 macht das L. R.:

a. auf das Mandat in § 201 I. 13:

„Wenn mehrere Bevollmächtigte ein Geschäft gemeinschaftlich übernommen haben, so wird ein jeder derselben dem Machtgeber auf das Ganze verpflichtet."

b. auf den Verwahrungsvertrag in § 59 I. 14:

„Ist die niedergelegte Sache Mehreren gemeinschaftlich anvertraut, so haften alle für einen und einer für alle."

c. auf die gemeinschaftliche Uebernahme einer Bürgschaft in § 374 I. 14.

Es scheint hiernach keinem Bedenken unterliegen zu können, daß die Regel auch auf die übrigen Consensual- und Realverträge Anwendung leide. — Trotzdem ist dies in Betreff des Darlehns von Koch (Recht der Forderungen Bd. II S. 9 ff.) in Abrede gestellt und ihm scheint sich auch der Herausgeber dieser Zeitschrift (a. a. O. S. 307) anzuschließen, während das Kgl. Ober-Tribunal die entgegengesetzte Ansicht vertritt (Entsch. Bd. 21 S. 421, Bd. 32 S. 349 ff.). —

Dieser Fall bedarf daher einer genaueren Erörterung. Koch's Deduction geht im Wesentlichen dahin:

Digitized by Google

Der Realvertrag an sich könne keine andere Verbindlichkeit, als die zur Zurückgabe des Empfangenen bewirken, sei also zur Begründung einer Correalverpflichtung nicht geeignet. Dies habe auch das R. R. anerkannt. Am häufigsten sei dort das Correalverhältniß durch Stipulation begründet; doch habe es auch durch einfachen Consensualvertrag, und bei bon. fid. Realcontracten durch pactum adjectum eingegangen werden können. Beim mutuum dagegen, welches stricti juris und daher der Modification durch pacta nuda nicht empfänglich gewesen, habe es der Beifügung einer förmlichen Stipulation zur Erzeugung der Solidarhaftung bedurft. —

Ebenso sei es auch nach Pr. R. in welchem der Grundsatz, daß durch den Realcontract nur die Verpflichtung zur Rückgabe des Empfangenen entstehen könne, durch § 727 I. 11 ausdrücklich anerkannt sei. Solle daher ein Darlehnsvertrag auf andere Bedingungen geschlossen werden, so bedürfe es dazu nach § 729 ibid. ohne Unterschied der geliehenen Summe eines schriftlichen Vertrages. Dies gelte auch von der Correalverpflichtung; auch sie könne nur durch eine neben dem Realcontracte getroffene Verabredung, mithin durch einen außer seinem Bereiche liegenden Rechtsgrund (nicht re, sondern immer nur verbis) begründet und dieser Rechtsgrund könne nur in der im § 729 cit. vorgeschriebenen Form geschaffen werden.

So bestechend diese Ausführung ist, scheint sie mir dennoch irrthümlich.

Richtig ist, daß nach R. R. der nackte Realvertrag zur Begründung der Correalverpflichtung nicht ausreicht. Aber nicht etwa wegen seiner eigenthümlichen Natur, sondern wegen der allgemeinen Regel, daß jene Verpflichtung nur in Folge besonderer Abrede eintrat. Hier war zwischen Real- und Consensualverträgen an sich gar kein Unterschied, wie deren Nebeneinanderstellung in der von Koch selbst citirten l. 9 princ. D. 45, 2 beweist.*)

Die besondere Schwierigkeit, welche in dieser Beziehung das mutuum bereitete, lag, wie Koch selbst andeutet, nicht in seinem Wesen als Realcontract, sondern in der strengen Natur des Rechtsgeschäfts und der daraus fließenden condictio, welche der Berücksichtigung formloser Nebenabreden entgegenstand. Aus diesem Grunde bedurfte es neben ihm der Stipulation zur Begründung der Correalität. Indessen hat —

*) quia non tantum verbis stipulationis sed et ceteris contractibus, veluti emtione venditione, locatione conductione, deposito, commodato, testamento — scil.: fiunt duo rei promittendi.

nach Savigny's Autorität — schon das spätere R. R. diese strenge Consequenz aufgegeben und das Darlehn in dieser Hinsicht den bon. fid. Contracten gleichgestellt, was nicht nur in der allgemein lautenden l. 7 D. de R. C. 12, 1:

> Omnia, quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae.

sondern auch in mehreren Anwendungen (l. 5, 9, 12 C. si cert. pet. 4, 2) anerkannt ist, in welchen allen das „Darlehn an sich (der Realcontract) und die Stipulation neben einander als coordinirte, alternative Gründe einer solidarischen Verpflichtung aufgestellt werden."

Savigny, Obl. I S. 155—157.

Hiernach steht es schon nach neuestem R. R. so, daß alle Realverträge zur Begründung eines Correalverhältnisses tauglich sind. Denn man darf gewiß nicht die auf solidarische Haftung gerichtete Nebenabrede als einen mit dem Realcontracte verbundenen Consensualvertrag betrachten. Vielmehr galten derartige pacta adjecta als integrirende Theile des Hauptvertrages und erzeugten keine besondere Klage. Mit demselben Rechte also, wie man sagte: durch Kauf- oder Miethsvertrag entsteht Correalität, wenn dies im Vertrage verabredet ist — konnte man das Gleiche vom Depositum, Commodatum (wie in der l. 9 cit. in der That geschieht) und zuletzt auch vom Darlehn sagen; bei dem letzteren insbesondere erscheint solche Abrede lediglich als lex numerationis (cf. die citirte l. 7 D. 12, 1).

Unzweifelhafter noch ist — wie mir scheint — die Sache nach Preußischem Rechte.

Die im § 424 cit. aufgestellte Präsumtion der solidarischen Haftung überhebt im vorausgesetzten Falle der Nothwendigkeit einer besonderen Verabredung derselben. — Daß diese Präsumtion auch auf Realverträge anwendbar sei, würde schon aus dem Grunde wahrscheinlich sein, weil das A. L. R. eine scharfe Scheidung zwischen ihnen und den Consensualverträgen überhaupt nicht aufstellt; es wird aber durch § 59 I. 14 gradezu bewiesen. Somit kann auch nach Preußischem Rechte die Natur des Darlehns als eines Realcontracts keine Ausnahme von der Regel des § 424 cit. begründen. Man müßte also, um die Anwendung auszuschließen, entweder die Unmöglichkeit des gemeinschaftlichen Empfanges eines Darlehns durch Mehrere behaupten, oder sich auf eine gesetzliche Ausnahmebestimmung stützen können.

Beider Argumente bedient sich Koch. Er sagt nämlich:

1) Seite 10 Note 3b a. a. O.:

„Das (sc. daß mehrere Darlehnsempfänger das gegebene Darlehn

Digitized by Google

gemeinschaftlich in ungetrennter Summe erhalten haben) kann man sich nicht vorstellen; das Geld kann doch nur Einer nehmen, während der Andere dabei steht und einwilligt. Diese Einwilligung ist ja aber eine Verbindlichmachung consensu, nicht re. Oder wenn Beide einen Theil des Geldes nehmen, so wird die Realverbindlichkeit nur auf den empfangenen Betrag contrahirt."

Ich gestehe nun, daß mir der gemeinschaftliche Empfang der Darlehnssumme durchaus nicht undenkbar ist. Man nehme an: einer der Empfänger streicht das vom Gläubiger aufgezählte Geld in das von dem anderen bereit gehaltene Behältniß; oder (was noch schlagender sein dürfte) beide haben einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten zur Empfangnahme des Geldes bestellt und an diesen wird gezahlt. —

Indessen darf man auf die Thatsache des gemeinschaftlichen körperlichen Ergreifens der einzelnen Geldstücke wohl kein besonderes Gewicht legen. Vielmehr wird man überall da ein gemeinschaftlich contrahirtes Darlehn annehmen müssen, wo die Hingabe der Darlehnssumme an die mehreren Empfänger zu ihrem gemeinschaftlichen Eigenthume dergestalt erfolgt ist, daß zwischen ihnen und dem Gläubiger ihr Antheilsrecht an jener Summe nicht festgestellt ist, mag auch unter ihnen selbst demnächst eine Vertheilung des Geldes stattfinden. —

cf. Samhaber a. a. O. S. 206, welcher derselben Ansicht ist.

Dieser gemeinschaftlich eingegangene Vertrag erzeugt aber ohne Weiteres Correalverpflichtung, ohne daß es hiezu der von Koch desiderirten „verba" noch bedürfte.

Koch führt nun aber auch

2) bestimmte Gesetzesvorschriften für seine Ansicht an, nämlich die §§ 727 und 729 I. 11:

„Durch den bloßen Empfang des Darlehns wird der Schuldner zur Wiedererstattung des Empfangenen auch ohne schriftlichen Vertrag verpflichtet" (727).

„Soll aber der Darlehnsvertrag auf eine andere bestimmte Zeit, gegen Interessen oder auf andere Bedingungen geschlossen werden, so ist ... ohne Unterschied der Summe ein schriftlicher Vertrag erforderlich" (729).

Daß § 727 für Koch's Ansicht nur dann spräche, wenn die von ihm behauptete Unmöglichkeit eines gemeinschaftlichen Empfanges in der That vorhanden wäre, leuchtet ein. Andererseits ist er offenbar beweislos. Schwerlich hat es auch in der Absicht der Redactoren gelegen, durch diese Definition der einfachen Verpflichtung aus dem Darlehn über die Correalhaftung mehrerer Darlehnsempfänger disponiren zu wollen, da darüber bereits in den §§ 424 ff. I. 5 ausreichende Bestimmungen getroffen waren.

Verhielte es sich aber anders, so wäre auch der in § 729 erwähnte

Digitized by Google

schriftliche Vertrag (anerkanntermaßen kein anderer als der Schuldschein) zur Begründung der Correalität untauglich. Denn in Betreff des Bekenntnisses der empfangenen Valuta und der Verpflichtung zu deren Rückerstattung ist der Schuldschein nur Beweismittel, nicht Verpflichtungsurkunde, und ohne Zweifel genügt jenes Bekenntniß, um diese Verpflichtung von selbst nach sich zu ziehen.

§§ 730, 731, 727, 728 I. 11; Koch, Commentar zum A. L. R. Anm. 58 und 63 zu diesen Paragraphen. —

Nehmen wir nun an, daß Mehrere einen Schuldschein des Inhalts ausgestellt hätten:

Wir bekennen, daß A uns gemeinschaftlich eine Summe von 1000 Thlr. auf sechsmonatliche Kündigung baar dargeliehen hat und versprechen dieselbe mit 5 % jährlich zu verzinsen.

Würde nach Koch's Ansicht hier eine Correalverpflichtung eintreten? Er selbst scheint dies anzunehmen; denn Seite 10 a. a. O. referirt er folgenden Satz des Ober-Tribunals:

„Eine gleiche (sc. Correalverpflichtung erzeugende Wirkung) aber ist jedenfalls der in ungetrennter Summe durch die Empfänger geschehenen Erhebung des Darlehns, in Verbindung mit der, wenn auch nur mündlich getroffenen Uebereinkunft, daß die gegebene Summe ihnen gemeinschaftlich geliehen sein solle, beizumessen"

und fügt als eigene Bemerkung hinzu:

„Das ist die gleiche Behauptung, daß nicht re, sondern consensu die Correalverbindlichkeit begründet worden sei, was ganz richtig ist; die Frage, ob die mündlich getroffene Verabredung bindend sei, soll gleich aufgenommen werden."

Hiernach würde ihm jenes schriftliche Bekenntniß genügen müssen. Indessen setzt er sich hierdurch — wie mir scheint — mit der kurz zuvor behaupteten Undenkbarkeit gemeinschaftlichen Empfanges in Widerspruch; denn das schriftliche Anerkenntniß einer unmöglichen Thatsache kann wohl keinen rechtlichen Effect haben. — Also müßte noch das gemeinschaftliche Versprechen der Wiedererstattung in dem Schuldscheine enthalten sein.

Könnte aber dies die Natur des Darlehns ändern oder eine außerhalb der Grenzen des Realcontracts liegende Verbindlichkeit erzeugen? Dann wäre der Schuldschein ein Formalcontract, losgelöst von jeder materiellen causa. Wir hätten also einen Fall, wo eine Verpflichtung entstände, quia scriptum est — einen Litteralvertrag. Daß aber der Schuldschein nicht diese Function, sondern nur die Bestimmung habe, den Darlehnsvertrag in seinen Naturalien (Zeit, Ort oder anderen Modalitäten der Rückgabe) zu modificiren, als Beweismittel für das Real-

Digitized by Google

geschäft zu dienen und außerdem für das Zinsversprechen die positive Form zu gewähren, geht aus §§ 729, 731, 867 I. 11 hervor. —

Man sieht also, es kommt immer wieder auf die Thatsache des gemeinschaftlichen Empfanges des Darlehns, als Entstehungsgrund der Correalverpflichtung, hinaus, wenn man letztere beim Darlehn nicht für ganz unmöglich erklären will, was doch auch Koch nicht thut.

Erwägt man nun schließlich noch, wie völlig rechtlos ein Gläubiger mehreren Darlehnsempfängern gegenüber sein würde, deren eigentliche Theilnahmerechte ihm unbekannt sind, wenn er sich trotzdem an jeden nur auf den Betrag des wirklich in sein Eigenthum Gelangten halten könnte*) — so kann man wohl nicht umhin, die vom Ober-Tribunal vertretene Ansicht für die richtige zu halten.

§ 4.

(Fortsetzung.)

Verwandt mit der vorstehend erörterten ist die Frage:

ob mehrere gemeinschaftliche Empfänger einer Nichtschuld für die Rückzahlung solidarisch haften.

Das Ober-Tribunal hat dieselbe in zwei Erkenntnissen (Archiv für Rechtsfälle Bd. 25 S. 99 und Bd. 29 S. 262 ff.) auf Grund des § 193 I. 16 A. L. R.:

> „Wer eine Geldsumme oder andere verbrauchbare Sache, die er nicht zu fordern hatte, als Zahlung annimmt, haftet dafür, in so fern die Rückforderung überhaupt stattfindet, als für ein Darlehn"

bejaht. —

Indessen wird sie wohl richtiger verneint, wenn man erwägt, daß hier kein gemeinschaftlich geschlossener Vertrag, sondern nur ein nach Analogie eines Vertrages behandeltes Rechtsverhältniß vorliegt, auf welches man die singuläre Präsumtion des § 424 I. 5 nicht füglich wird anwenden können. — Zudem fehlt hier die praktische Nöthigung. Denn in demselben Verhältnisse, in welchem die Zahlungsempfänger an dem von ihnen ausgeübten Forderungsrechten participirt haben, müssen sie auch für die Rückzahlung haften, wenn sich herausstellt, daß jenes Recht nicht bestanden hat.

cf. Koch a. a. O. S. 13., Gruchot S. 305 ff., Samhaber S. 206 f. —

*) Denn von der im § 428 I, 5 aufgestellten Vermuthung gleicher Antheile könnte hier, weil Jeder nur für das von ihm Empfangene haften soll, und überdieß die Absicht einer Theilhaftung nicht ausgesprochen ist — § 425 ibid. — nicht die Rede sein. —


Digitized by Google

§ 5.

(Fortsetzung.)

Gruchot (S. 300 ff.) wirft endlich die Frage auf:

welche Wirkung bei einem schriftlichen Vertrage die nur mündlich getroffene Uebereinkunft habe, daß mehrere Verpflichtete nicht solidarisch, sondern nur pro rata haften wollen.

Nach einer gründlichen Erörterung gelangt er zu dem Resultate, daß die mündliche Abrede wirksam sei und an die Stelle der gesetzlichen Vermuthung für Solidarität träte. — Ich muß gestehen, daß mich seine Ausführung nicht überzeugt hat, und will versuchen in Nachstehendem meine abweichende Ansicht zu begründen, wobei freilich auf die Wirksamkeit mündlicher Nebenabreden überhaupt, welche nur in anderem Zusammenhange erschöpfend behandelt werden kann, zurückgegangen werden muß.

Der Zweck der gesetzlich gebotenen Schriftform ist, den Ungewißheiten und Zweifeln, welche aus bloß mündlichen Verabredungen entspringen, vorzubeugen, also: sowohl den ernsten Vertragswillen der Parteien, im Gegensatze zu vorbereitenden Besprechungen, zu constatiren, als auch dessen Inhalt zugleich mit Sicherheit zu beweisen.

cf. Thöl, Handelsrecht I S. 262, Savigny, Obl. II S. 219 ff. 248, 249, Bornemann, System II S. 249.

Hieraus ergiebt sich das Prinzip:

daß nur das Geschriebene als Inhalt des Vertrages angesehen und auf angebliche mündliche Nebenabreden keine Rücksicht genommen werden darf.

Dies wird in den §§ 127, 128 I. 5 A. L. R., welche man zusammenfassen muß, deutlich ausgesprochen und findet nach der allgemeinen Fassung des § 127 auch auf den Fall freiwillig gewählter Schriftform Anwendung. — Voraussetzung ist dabei natürlich, daß der schriftliche Contract alle Essentialien des vorliegenden Rechtsgeschäfts enthält, also in sich perfect ist.

Daraus folgt:

1. Nebenabrede ist Alles, was neben dem Geschriebenen bloß mündlich unter den Parteien abgemacht ist; wobei es nichts relevirt, ob diese Abrede auf ein Essentiale des Geschäfts Beziehung hatte. Denn nicht jedes, was in Bezug auf ein Essentiale verabredet wird, ist selbst essentiell, sonst bliebe für die naturalia und accidentalia kein Raum.

2. Auf alle solche Nebenabreden wird keine Rücksicht genommen;

Digitized by Google

denn „Alles, was auf die Verabredung der Parteien ankommt, soll bloß nach dem Inhalte des schriftlichen Vertrages beurtheilt werden" § 127 cit.

3. Gegen den schriftlichen Vertrag sind natürlich alle Einwendungen zulässig, welche gegen die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts an sich erhoben werden können, namentlich also auch der Einwand des Irrthums.

Dieser geht dahin: „daß der Wille, welcher nach der Erklärung anzunehmen sein würde, in der That nicht vorhanden sei, weßhalb auch deren rechtliche Folgen nicht eintreten könnten." Savigny, System III S. 264.

Ob nun aber der Irrthum geeignet sei, die Wirkung der Erklärung aufzuheben, hängt davon ab, ob er nach allgemeinen Grundsätzen für einen erheblichen zu erachten. — Dies *ist er:*

a. wegen seines Umfanges, wenn dargethan wird, daß die ganze Erklärung gar nicht aus dem Willen des Erklärenden entsprungen sei (z. B.: die von einem Andern aufgesetzte Urkunde ist falsch vorgelesen, oder statt der richtigen eine andere untergeschoben, oder ein Blanquett auftragswidrig ausgefüllt worden);

b. wegen seines Gegenstandes in den Fällen der §§ 75 ff. I. 4 A. L. R. —

In keinem Falle nun reicht zum Erweise eines den Vertrag entkräftenden Irrthums der Nachweis aus, daß die mündlichen Besprechungen anders gelautet hätten, als die schriftliche Urkunde. Denn die von den Parteien unterschriebene Urkunde enthält und constatirt deren Vertragswillen, welchen sie gegenseitig acceptirt haben.

cf. Savigny, System III S. 244, 267 ff.

Lautete auch die mündliche Abrede auf andere Bedingungen, so sind diese durch die nachfolgende schriftliche Erklärung im Zweifel für absorbirt zu achten.

Ebenso unerheblich an sich erscheint die einseitige Behauptung: es sei eine mündliche Nebenabrede von dem Concipienten irrthümlich ausgelassen. Denn die Parteien haben durch ihre Unterschrift die aufgesetzte Erklärung zu der ihrigen gemacht und in dieser Fassung gegenseitig acceptirt. —

Endlich kann auch von einem Irrthume nicht die Rede sein, wenn die Parteien mit der Auslassung einverstanden gewesen sind, gleichviel, ob sie auf ihr Wort vertraut, oder aus Rechtsunkenntniß die Aufzeichnung für überflüssig gehalten haben. — Auch hier entscheidet lediglich die Schrift.

Digitized by Google

Der Zweck der Schriftform würde fast vereitelt werden und die Rechtssicherheit ungemein leiden, wenn man nicht an einer stricten Auslegung der §§ 127, 128 cit. festhalten wollte.

Wenden wir nun diese allgemeinen Sätze auf den vorliegenden Fall an, so ergiebt sich m. E. folgendes:

Die Verabredung über die Correalverpflichtung ist niemals Essentiale des Vertrages; sonst würde bei nicht ausgesprochenem Willen der Parteien der Vertrag in dieser Beziehung unvollständig sein und durch das Gesetz nicht ergänzt werden können. Vielmehr ist nach Preußischem Rechte bei Verpflichtungen aus gemeinschaftlichen Verträgen die Correalhaftung ein naturale, welches in Ermangelung entgegenstehender Verabredung von selbst eintritt. Diese abändernde Vereinbarung ist also recht eigentlich eine Nebenabrede im Sinne der §§ 128, 129 I. 5 (v.: „andere bei der Erfüllung vorkommende Maaßgaben") kann mithin, falls sie neben einem schriftlichen Vertrage nur mündlich getroffen ist, nicht berücksichtigt werden. Auch der Einwand, daß sie aus Irrthum nicht in die schriftliche Urkunde aufgenommen, kann nicht für erheblich erachtet werden, da ein Irrthum in Nebendingen niemals den Vertrag entkräftet.

Ist aber freilich der Berechtigte auf Grund der mündlichen Abrede der Ansicht, daß nur eine getheilte Obligation vorliege, so hat keiner der Verpflichteten ein Recht des Widerspruchs; denn die Correalität begründet ja nur das Recht, nicht die Pflicht für den Gläubiger, von Einem das Ganze zu fordern, und ihm ist unverwehrt, die Obligation als eine getheilte zu behandeln (§ 433 I. 5). Es können also die von Gruchot (S. 301) angedeuteten Schwierigkeiten und Verwickelungen wohl nicht vorkommen.

§ 6.

b. Letztwillige Verordnung.

Hierüber enthält das L. R. keine ausdrückliche Bestimmung; denn § 289 I. 12:

> „Für Vermächtnisse, die nach baarem Gelde zu bestimmen sind, haften sämmtliche Miterben gemeinschaftlich, wenn nicht der Erblasser die Entrichtung des Legats nur Einem unter denselben ausdrücklich aufgelegt hat."

redet nicht von einer solidarischen, sondern von einer alle Erben treffenden Verbindlichkeit, wie nicht nur aus der beigefügten Beschränkung, sondern auch aus § 292 I. 12 und §§ 127 ff. I. 17 erhellt, wonach eine Correalverpflichtung nur im Falle der Theilung vor gelösten gemeinsamen Verbindlichkeiten eintritt. —

Indessen leidet es keinen Zweifel, daß eine Correalobligation durch letzten Willen hervorgebracht werden könne, wenn ein Vermächtniß Mehreren

Digitized by Google

auferlegt wird; nur muß von dem Testator die Solidarhaftung ausdrücklich angeordnet sein, da hier die für Verträge aufgestellte Vermuthung nicht Platz greift.

§ 7.

c. Besondere gesetzliche Vorschrift.

Kraft solcher haften solidarisch:

1. Mehrere, welche einen Schaden gemeinschaftlich zugefügt haben:
   a. falls sie in dolo oder culpa lata sich befanden,
   b. falls bei nur mäßigem oder geringem Versehen der Antheil eines jeden an der Schadenszufügung nicht auszumitteln ist.
   §§ 29, 30, 32 I. 6 A. L. R.

Eine erweiterte Anwendung dieser Bestimmungen macht die Verordnung vom 17. August 1835 (G.-S. S. 170) auf den Fall des Aufruhrs und Tumults, indem sie für die dabei vorgefallenen Beschädigungen nicht nur die Urheber, sondern auch jeden, welcher sich dabei irgend eine gesetzwidrige Handlung hat zu Schulden kommen lassen, ja sogar die Zuschauer, welche sich nach dem Einschreiten der Behörde nicht sogleich entfernt haben, solidarisch verantwortlich macht. —

2. Personen, welche einem Andern gegenüber in einem Geschäfte, welches auf ihrer Seite ein Handelsgeschäft ist, gemeinschaftlich eine Verpflichtung eingegangen sind, sofern sich nicht aus der Uebereinkunft mit dem Gläubiger das Gegentheil ergiebt.
   Art. 280 des Allg. Deutschen Handelsgesetzbuchs.
3. Miterben für gemeinschaftliche Verbindlichkeiten, vor deren Erfüllung sie sich in den Nachlaß getheilt haben, ohne die Gläubiger von der bevorstehenden Theilung rechtzeitig unterrichtet zu haben. § 131, 137 ff. I. 17 A. L. R.
4. Mitglieder eines Beamten-Collegii nach den Grundsätzen zu 1 (§ 128 II. 10 A. L. R.).
5. Mehrere gemeinschaftlich verwaltende Vormünder gegenüber ihren Pflegebefohlenen (§ 288 II. 18 A. L. R.).

Dagegen ist nach Preußischem Rechte wegen Untheilbarkeit des Objects allein wohl keine solidarische Verbindlichkeit anzunehmen.

(§ 4 Nr. 8 I. 5 A. G. O. Koch II. S. 15.)

§ 8.

d. Richterliches Erkenntniß.

Ob dies als selbständiger Entstehungsgrund von Correalobligationen aufgeführt werden dürfe, ist nach gem. R. streitig (Samhaber S. 166 ff.).

Digitized by Google

Nimmt man — (und nach heutigem Rechte gewiß mit Grund, cf. Savigny System VI S. 25 f., S. 307 f.) — an, daß das Urtheil nicht novire, so wird man die aufgeworfene Frage verneinen müssen. Denn das rechtskräftige Urtheil stellt nur das streitige Rechtsverhältniß und dessen Wirkungen gegen fernere Angriffe sicher, es macht kein neues Recht; nur etwa im Falle eines irrigen Urtheils könnte letzteres behauptet werden. Indeß die Untersuchung über einen vielleicht vorgefallenen Irrthum wird durch die Rechtskraft abgeschnitten; er kann daher für die Bedeutung des Urtheils kein Moment der Unterscheidung abgeben. — Das Gleiche gilt auch für das Preußische Recht. Stellt das Erkenntniß die Solidarität fest, so hat es natürlich dabei sein Bewenden. Spricht es sich nicht deutlich aus, so „entscheiden die Vorschriften der Gesetze" (§ 13 I. 24 A. G. O.), d. h. es muß auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß zurückgegangen werden, so daß noch in der Executions-Instanz darüber gestritten und entschieden werden kann.

cf. Koch, Prozeß-Ordnung Anm. 26 zu § 13 cit.

Nur rücksichtlich der Kosten gilt der gemeinschaftliche Prozeß und das Erkenntniß an sich als Entstehungsgrund einer beschränkt solidarischen Verpflichtung, indem jeder Verurtheilte subsidarisch für seine Genossen aufkommen muß, wenn der Kläger innerhalb 4 Wochen nach der richterlichen Festsetzung die Execution dieserhalb nachgesucht und sich dabei das Unvermögen Einzelner herausgestellt hat (§ 29 I. 23 A. G. O.). — Diese Verbindlichkeit gilt auch in Ansehung der gerichtlichen Kosten (ibid). Der § 10 Nr. 5 des Ges. v. 10. Mai 1851, über den Ansatz und die Erhebung der Gerichtskosten, hat hierin Nichts geändert, da nach den Materialien mit dem Ausdrucke: „materielles Recht" das „bestehende Recht" hat bezeichnet werden sollen.

cf. Schmidt, Gebühren-Taxe S. 39, 40.
A. M. zum Theil Koch II. S. 17 ff.

III. Wirkungen der Correalität.

§ 9.

Allgemeines.

Wir haben es hier nicht mit allen Schicksalen der passiven Correalobligation, sondern nur mit den besonderen Einflüssen zu thun, welche das Correalverhältniß auf die Obligation, d. h. das Rechtsband zwischen Gläubiger und Schuldnern, ausübt. Wir betrachten diese für die Gläubiger- und für die Schuldnerseite gesondert. —

Digitized by Google

Daran schließen sich dann noch Wirkungen auf das Rechtsverhältniß zwischen den mehreren Schuldnern, die — an sich außerhalb des Gebietes der Correalobligation — durch positives Recht damit verknüpft sind. Hieraus ergiebt sich die Disposition der nachfolgenden Erörterungen.

1. Wirkungen auf die Obligation selbst.

a. für die Gläubigerseite.

§ 10.

Diese Wirkungen lassen sich auf die einfache Formel zurückführen: der Gläubiger hat freie Wahl, welchen von den mehreren Schuldnern er als solchen in Anspruch nehmen wolle.

Dies ergiebt sich schon aus dem Begriffe der Correalobligation und ist auch in § 430 I. 5 A. L. R. ausdrücklich ausgesprochen. —

Im Einzelnen ist noch Folgendes zu bemerken:

1. Der Gläubiger ist an die getroffene Wahl nicht gebunden, sondern hat das jus variandi im vollsten Umfange bis zu seiner gänzlichen Befriedigung; auch dann, wenn er — was ihm freisteht — ursprünglich jeden Schuldner nur auf seinen Antheil belangt hatte. §§ 433, 434 ibid.*)

   Das A. L. R. behandelt also in dieser Hinsicht die Correalobligation nach den Grundsätzen der bloß solidarischen Obligation des R. R., während jene nach R. R. bekanntlich durch Litiscontestation mit einem Schuldner völlig consumirt wurde. —

2. Der in Anspruch genommene Schuldner hat das Recht, seine Genossen durch Litisdenuntiation in den Streit zu ziehen, so weit es ohne Aufenthalt des Berechtigten geschehen kann. §§ 431, 432 ibid.

   Diese Bestimmung erinnert zwar an die der Nov. 99, hat indessen keine innere Verwandtschaft mit derselben. Denn die im § 431 cit. dem Beklagten gegebene Befugniß hat nicht in seinem Verhältniße zum Gläubiger, sondern in dem zu seinen Mitverpflichteten ihren Grund, und dient dazu, den Regreß gegen letztere zu sichern; sie greift also auch nur da Platz, wo ein Regreß überhaupt statthaft ist.

   Uebrigens bestimmt § 432 cit. nur dasselbe, was allgemein im § 17 I. 17 A. G. O. vorgeschrieben ist, nämlich: daß durch die Litisdenuntiation die Instruction der Hauptsache nicht aufgehalten werden dürfe. Dagegen kann daraus keineswegs gefolgert

*) Dies spricht gegen die Parallele mit der alternativen Obligation.

Digitized by Google

werden, daß auf Einwendungen des sich einlassenden Denuntiaten keine Rücksicht genommen werden dürfe; vielmehr müssen diese (wie schon aus den Worten „gemeinsame Vertheidigung" in § 431 cit. erhellt) ebenso instruirt werden, wie die des Hauptbeklagten. Koch S. 43 ff., Gruchot S. 312 f.

3. Durch bloßes Anbieten der Zahlung Seitens eines Schuldners wird der Gläubiger noch nicht in seinem Wahlrechte beschränkt, wenn nicht Tilgung der Obligation durch gerechtfertigte Deposition hinzugetreten ist.*)

Ueber mehrere andere hiebei aufzuwerfende Fragen, zum Theil prozessualischer Natur ist zu vergl. Gruchot S. 311—322.

§ 11.

(Fortsetzung.)

Eine besonders wichtige Folge obigen Grundsatzes ist auch die:

daß die Ungültigkeit der Verpflichtung eines Correalschuldners die Verbindlichkeit der übrigen nicht alterirt.

Dies spricht aus § 446 h. t.:

> „Wenn einer oder mehrere der gemeinschaftlich Verpflichteten Verträge zu schließen unfähig sind, so müssen die Uebrigen deren Antheile unter einander übertragen."

Denn jeder von ihnen hat sich von vornherein auf das Ganze verpflichtet, und dadurch auch die Gefahr übernommen, welche sich aus der Unfähigkeit eines Genossen ergeben möchte.

Die Anwendung dieses mit dem R. R. übereinstimmenden Satzes erscheint unbedenklich, wo es sich um einseitige Verpflichtungen handelt. Haben also z. B. Mehrere ein Mandat, oder eine Sache in Verwahrung übernommen, und es befindet sich unter ihnen ein Handlungsunfähiger, so bleiben die Uebrigen dennoch auf's Ganze verhaftet. — Ebenso im Falle eines gemeinschaftlichen Darlehns, ohne Unterschied, ob die Darlehnssumme an den Unfähigen gezahlt ist oder nicht. —

Hiermit stimmt auch von Kräwel in seiner Abhandlung Bd. III S. 10 ff. dieser Beiträge überein; indessen vermag ich im Uebrigen seiner Ausführung nicht beizutreten. Er supponirt den Fall eines von mehreren Käufern abgeschlossenen Kaufvertrages, und untersucht, welche Wirkungen hier die Handlungsunfähigkeit eines Mitkäufers habe. Er gelangt zu dem Resultate, daß die übrigen Käufer für dessen Antheil am Kaufpreise nicht hafteten, vielmehr um den Betrag dieses Antheils die

*) cf. Gruchot S. 310 und 311 dessen anfänglich entgegengesetzte Meinung mir durch die am Schlusse beigefügte Restriction beseitigt zu werden scheint.

Digitized by Google

Schuld selbst gemindert werde (§§ 435, 436 h. t.). - Der § 446 ibid. sei hier nicht anwendbar, weil derselbe nur die Regreßfrage unter den Mitschuldnern, nicht aber deren Verhältniß zum Gläubiger betreffe. — Den Gegensatz hiezu bilde § 437 ibid. Trete danach bloß die persönliche Befreiung eines Mitschuldners ein, so könnten die Uebrigen daraus dem Berechtigten gegenüber keinen Vortheil ziehen. Dieser Fall liege vor, wenn die Aufhebung der Verpflichtung des Einzelnen auf den Bestand und den Betrag der Verpflichtung an sich ohne Einfluß sei. Dies finde z. B. bei allen Realcontracten Anwendung, wo durch die Leistung des Gläubigers dessen Forderungsrecht begründet werde. Gerade diese Fälle habe § 446 l. 5 im Auge. — Hätten also ein Großjähriger und ein Minderjähriger über den Empfang eines Darlehns von 100 Thlrn. gemeinschaftlich einen Schuldschein ausgestellt, und es stände fest, daß die 100 Thlr. an den Minderjährigen gezahlt seien, so hafte der Großjährige dafür, weil die Forderung durch die Hingabe des Darlehns entstanden sei, obgleich der Minderjährige aus dem Schuldscheine nicht persönlich belangt werden könne.

So weit von Kräwel. —

Mir scheint nun zuvörderst der Ausgangspunkt seiner Betrachtung nicht glücklich gewählt zu sein; vielmehr dürfte es sich empfehlen, das einfachere Rechtsverhältniß der einseitigen Obligation zu Grunde zu legen, daran den Einfluß der Correalität zu entwickeln, und schließlich zu prüfen, in wie weit das Ergebniß auch auf die zweiseitige Obligation Anwendung oder etwa durch deren besondere Natur Abänderungen erleide. — Durch den entgegengesetzten Weg ist v. K. dahin geführt, dem § 446, um ihm für den Fall des Kaufvertrages seine Beweiskraft zu nehmen, entschieden Gewalt anzuthun. Denn wenn derselbe auch zunächst die Ausgleichung unter den Mitverpflichteten regelt, so setzt er doch als unzweifelhaftes Prinzip voraus, daß letztere für etwa unter ihnen befindliche Contractsunfähige dem Gläubiger aufkommen müssen; sonst könnten sie nicht in die Lage kommen, deren Antheile „unter einander übertragen zu müssen." — Der Unfähige scheidet also nur für seine Person aus, ohne daß die Pflichten seiner Genossen dadurch alterirt werden.

Dies die Regel, welche aus der eigenthümlichen Natur der Correalverpflichtung sich ergiebt, und auf einseitige Obligationen reine Anwendung findet; ob auch auf zweiseitige, werden wir demnächst untersuchen. Mit dem von v. Kräwel aufgestellten Unterscheidungsprinzipe (wonach es darauf ankommen soll, ob die Aufhebung der Verpflichtung des Einen auf den Bestand und Betrag der Verpflichtung an sich von Einfluß sei, oder nicht) gelangt man wohl nicht weiter, da es mehr eine Umschreibung

der Frage, als eine Antwort auf dieselbe ist. Ueberdieß scheint mir seine Anwendung auf das Darlehn verfehlt. Denn richtig ist zwar, daß beim Darlehn das Forderungsrecht durch die Hingabe (res) entsteht. Aber doch nur, wenn die sonstigen Bedingungen eines gültigen Vertrages, namentlich Handlungsfähigkeit des Empfängers, vorliegen. Anderenfalls entsteht bekanntlich keine Darlehnsforderung (condictio mutui), sondern nur ein Anspruch bis zum Belaufe der Bereicherung (cond. sine causa), oder — nach dem Ausdrucke des A. L. R. — aus der nützlichen Verwendung (§§ 674, 708 ff. I. 11 A. L. R. Puchta, Pand. § 312 (S. 443). — Nehmen wir also in dem von v. K. angeführten Falle an, der Minderjährige habe die empfangenen 100 Thlr. für sich zu verschwenderischen Ausgaben verwendet: warum sollte nicht der Großjährige hier — ebenso wie beim Kaufvertrage — einwenden können, der Betrag der Forderung an sich sei dadurch vermindert, ja ganz absorbirt? Warum ist hier die Aufhebung der Verpflichtung des Einen auf den Bestand der Obligation ohne Einfluß? Doch wohl aus keinem anderen als dem allgemeinen Grunde, weil noch ein Verpflichteter neben ihm steht, der befähigt ist, die passive Seite der Obligation allein zu repräsentiren, und letztere dadurch aufrecht zu erhalten. —

Noch weniger würde — wie mir scheint — jenes Prinzip für den Fall eines von Mehreren übernommenen Mandats ein ausreichendes Entscheidungs-Moment abgeben können, welches bei Anwendung des § 446 cit. sich leicht ergiebt. —

Ich wende mich nun zu der vorbehaltenen Untersuchung, ob die aufgestellte Regel auch auf zweiseitige Obligationen, als deren Typus der Kaufvertrag zu betrachten ist, volle Anwendung leide. —

Die Eigenthümlichkeit dieser Obligationen liegt darin, daß in ihnen jeder Theil zugleich Gläubiger und Schuldner ist und keiner sein Forderungsrecht mit Erfolg geltend machen kann, ohne seiner Verbindlichkeit genügt zu haben, oder gleichzeitig zu genügen. Mit anderen Worten: Leistung und Gegenleistung bedingen einander. Der Verkäufer hat also nicht pure das Kaufgeld zu fordern, sondern nur gegen Lieferung der Waare. So weit er hiezu aus einem, nicht dem Käufer zur Last fallenden Grunde außer Stande ist, vermindert sich seine Forderung.

Diese Grundsätze werden dadurch nicht alterirt, daß auf der Käuferseite mehrere solidarisch haftende Personen stehen. Denn die Correalität verändert nicht die Natur der zu Grunde liegenden Obligation, sondern nur den Umfang der Haftbarkeit der Mitverpflichteten. —

Um indessen der Beantwortung der Frage näher zu treten, müssen

Digitized by Google

wir unterscheiden, ob der klagende Verkäufer bereits seinerseits erfüllt hat, oder nicht. Wir legen dabei folgenden Fall zu Grunde:

A hat an B und C 300 Scheffel Waitzen für 1000 Thlr. verkauft; C ist handlungsunfähig.

1. Bevor A den Waitzen übergeben hat, stellt sich die Unfähigkeit des C heraus, und derselbe scheidet aus dem Contractsverhältnisse. Kann A von B die Abnahme der 300 Scheffel Waitzen gegen Zahlung der vollen 1000 Thlr. verlangen? — Koch (Recht d. Ford. S. 46) bejaht dies, weil C auch aus der Activobligation ausscheide, und diese dadurch ganz auf B übergehe, letzterer aber für das Kaufgeld ohnehin solidarisch verhaftet sei. Daß beides zutreffen müsse, leuchtet ein; denn sollte B nicht zur Abnahme der ganzen Waitzenquantität berechtigt und verpflichtet sein, so würde er auch nicht für die vollen Kaufgelder haften, da Leistung und Gegenleistung sich bedingen, und die Forderung, für welche die Käufer solidarisch haften, sich um so viel vermindert, als an Waare weniger geliefert ist (cf. von Kräwel a. a. O. S. 25 ff.).

Es ist nun bereits von v. Kräwel mit Recht bemerkt, daß die Behauptung Koch's auf keinerlei Gesetzesstelle gestützt sei. Aber auch an innerer Begründung scheint es ihr zu fehlen. B und C sind in Rücksicht auf ihre Forderung gegen A gemeinschaftlich Berechtigte (§§ 450, 453 I. 5); scheidet C aus dem Rechtsverhältnisse aus, weil er unfähig war, es einzugehen, so könnte sein Antheil nur kraft einer Art von Anwachsungsrecht auf B übergehen. Für die Annahme eines solchen in Vertragsverhältnissen aber fehlt es an jedem gesetzlichen Anhalte; vielmehr spricht § 1085 I. 11 A. L. R. entschieden dagegen. Es ist daher anzunehmen, daß der Antheil des C beim A zurückbleibe, weil das Erwerbungsgeschäft rücksichtlich des C nicht perfect geworden ist; die Theilnahmerechte des B und C an dem gekauften Waitzen regeln sich aber in Ermangelung vertragsmäßiger Festsetzung nach den subsidiarischen Bestimmungen des Gesetzes (§ 483 I. 5, §§ 172, 173, 2 I. 17 A. L. R.).

Danach ergiebt sich, daß A nur die Abnahme von 150 Scheffel Waitzen von B verlangen kann; seine Kaufgelderforderung ermäßigt sich also auf 500 Thlr., da er für das, was er behalten hat, natürlich keine Bezahlung beanspruchen kann.

Die fernere hierbei aufgeworfene Frage: ob B verpflichtet sei, die Hälfte des Waitzens abzunehmen, und nicht vielmehr von dem ganzen Geschäfte zurücktreten dürfe, liegt zwar außerhalb dieser Untersuchung. Indessen stehe ich nicht an, mich für die erste Alternative zu entscheiden. B hat von Anfang an nur Miteigenthum erwerben wollen, und der Umstand, daß A statt des C sein Miteigenthümer geworden, kann ihm

Digitized by Google

wohl kein Recht geben, den Vertrag wegen Irrthums anzufechten. Denn er hat weder in dem Hauptgegenstande des Vertrages (dies war für ihn immer nur die Hälfte der Waare), noch im Wesentlichen des Geschäfts (welches Kauf war und bleibt), noch endlich in der Person dessen, für den ein Recht aus der Willenserklärung entstehen soll (dies war für B nicht der C, sondern er selbst) geirrt. Höchstens könnte von einem Irrthume im Motive die Rede sein; dieser ist aber für den vorliegenden Fall unerheblich (§ 149 I. 4 A. L. R.). Hierbei kann es natürlich auch keinen Unterschied machen, ob die verkaufte Waare eine fungible oder nicht fungible Sache (etwa ein Grundstück) ist.*)

Es ist endlich noch gefragt worden, ob A verpflichtet sei, für den Antheil des B beim Vertrage stehen zu bleiben. Auch dies liegt außerhalb des Bereichs unserer Erörterung, da in dieser Hinsicht das zwischen den Käufern obwaltende Correalverhältniß ganz einflußlos ist und die Antwort eine gleiche sein muß, mögen die Käufer pro rata oder solidarisch haften. M. E. dürfte auch für den Käufer kein genügender Grund zum völligen Rücktritte vorliegen, namentlich, wenn die verkaufte Sache sofort reell theilbar ist (v. Kräwel a. a. O.).

2. Hatte dagegen A seiner contractlichen Verbindlichkeit bereits genügt, so ist dadurch seine Kaufgelderforderung gleichsam zu einer einseitigen geworden. M. E. kann er daher von B das ganze Kaufgeld fordern, und dieser kann sich mit der, nach der Abnahme der Waare hervorgetretenen Unfähigkeit des C nicht schützen. B wird sich vielmehr mit der Klage aus der nützlichen Verwendung an C halten können, so weit Letzterer durch B's Aufwand reicher geworden ist. — C hat aber in diesem Falle auch kein Recht, den Vertrag anzufechten, da er dadurch zunächst nur erworben hat und contractliche Verpflichtungen gegen ihn nicht geltend gemacht werden. — Hat er aber seinen Antheil an dem Kaufgelde entrichtet, so kann er denselben natürlich wegen Unverbindlichkeit des Vertrages zurückfordern, so weit er nicht durch Verwendung des Waitzens in seinen Nutzen dem A verpflichtet ist, und in diesem Falle treten dann rücksichtlich des B wiederum die zu 1 entwickelten Grundsätze in Kraft.

Andererseits aber wird A, wenn erst bei Einforderung des Kaufgeldes sich die Unfähigkeit des C herausstellt, und B nicht im Stande ist, das ganze Kaufgeld zu berichtigen, den Antheil des C an dem

*) A. M. ist von Kräwel für den Fall eines Grundstückskaufs durch Eheleute, von denen die Frau wegen Minderjährigkeit ausscheidet; indessen sind hier die Entscheidungsgründe aus dem besonderen Verhältnisse geschöpft, in welchem die Käufer zu einander stehen.

Digitized by Google

gelieferten Waitzen, so weit solcher noch vorhanden, zurückfordern können, und sich nicht mit seiner ganzen Kaufgelderforderung an B verweisen zu lassen brauchen. Denn der Vertrag ist rücksichtlich des Antheils des C für beide Theile unverbindlich (§ 22 I. 4 A. L. R.), kann also auch Seitens des A als solcher behandelt werden, wenn er ein rechtliches Interesse dabei hat. — Dagegen wird A, außer dem Falle eines Betruges Seitens des B, von dem ganzen Vertrage nicht abgehen können, wenn er auch auf die Zahlungsmittel des C vorzüglich gerechnet hätte; denn auch hier würde nur Irrthum im Beweggrunde in Mitte sein.*)

Das Resultat vorstehender Ausführung ist also dies:

daß bei zweiseitigen Verträgen wegen der besonderen Natur derselben, wonach Leistung und Gegenleistung einander bedingen, der regelmäßige Einfluß der Correalität nur in beschränktem Maaße zur Geltung kommt.

Im Ergebnisse stimme ich also großentheils mit von Kräwel's Erörterungen überein, weiche indessen in der Begründung namentlich dadurch von ihm ab, daß ich dieselbe nicht auf eine m. E. zu enge Interpretation des § 446 I. 5, sondern auf die Eigenthümlichkeit der zweiseitigen Obligation basire.

b. für die Schuldnerseite.

§ 12.

Es ist hier an dasjenige anzuknüpfen, was oben (§ 1) über die Doppelstellung jedes Mitschuldners zu und in der gemeinschaftlichen Obligation gesagt ist.

Danach ist als Regel hinzustellen:

I. Alles was ein Mitschuldner als Repräsentant der gemeinsamen Obligation thut, nützt und schadet auch seinen Genossen.

II. Handlungen und Ereignisse dagegen, welche nur seine persönliche Beziehung zu der gemeinsamen Obligation betreffen, gereichen den übrigen Schuldnern weder zum Vortheil, noch zum Nachtheile. —

Repräsentant der gemeinsamen Obligation ist aber ein Schuldner

*) Die etwas abweichende Ausführung von Koch (S. 47) paßt nur auf den Fall, daß der Verkäufer noch nicht übergeben hat und auch nicht Uebergabe auf Credit bedungen war.


Digitized by Google

entweder in Folge rechtlicher Nothwendigkeit (d. h. wegen der Natur und Wirksamkeit der fraglichen Handlung an sich), oder kraft seines und des Gläubigers übereinstimmenden Willens. In allen andern Fällen greift Theil II der aufgestellten Regel Platz. —

Im Wesentlichen ist jene Regel in den §§ 435 u. 437 I. 5 A. L. R. ausgesprochen. — Ihre Bewährung wird sie indessen erst durch detaillirte Anwendung auf die einzelnen Fälle finden können, die grade hier um so nothwendiger ist, als unsere Schriftsteller leider darüber mit allgemeinen Sätzen hinweggegangen sind. —

Der besseren Uebersicht wegen theile ich die hier überhaupt in Betracht kommenden Handlungen und Ereignisse in solche, welche die gemeinsame Verpflichtung zu vermindern, und solche, welche dieselbe zu erweitern oder zu erschweren an sich geeignet sind, und will versuchen auf beide Classen die aufgestellte Regel in ihren beiden Sätzen anzuwenden. — Der Kürze wegen nenne ich jene Classe: Verminderungs-, diese Erweiterungs-Handlungen, und begreife darunter auch die in gleicher Weise wirkenden Ereignisse.

Freilich täusche ich mich nicht damit, daß mir die Lösung dieser schwierigen Aufgabe für unser Preußisches Recht in Nachfolgendem gelungen sei.

α. Verminderungshandlungen.

§ 13.

Dies sind diejenigen Handlungen (bez. Ereignisse), welche an sich geeignet sind, die Obligation ganz oder theilweise aufzuheben. Die Untersuchung geht hier dahin: ob dieselben in der Correalobligation eine gleiche Wirkung haben, wenn sie auch nur von einem Mitverpflichteten ausgegangen sind, oder ob dies nicht der Fall.

Die Aufhebungsgründe einer Obligation lassen sich in zwei Hauptgruppen sondern:

in die erste gehören die eigentliche Erfüllung und deren Surrogate;

in die zweite die übrigen, welche nicht unter einen gemeinsamen Gesichtspunct gebracht werden können.

Jene haben, wie vorweg bemerkt wird, das Eigenthümliche, daß sie mit rechtlicher Nothwendigkeit stets auch für alle Mitverpflichteten wirken.

Bei diesen hängt es zum Theil von der Absicht der Interessenten ab, ob eine gleiche Wirkung eintritt; zum Theil aber wirken sie stets nur für den zunächst betheiligten Schuldner.

Digitized by Google

Erste Gruppe.

A. Eigentliche Erfüllung.

Erfüllung ist Leistung dessen, was geschuldet wird, in der Absicht der Tilgung der Verbindlichkeit.

cf. Puchta, Pand. S. 409.

Es liegt also schon in dem Begriffe der Erfüllungshandlung die Nothwendigkeit, daß sie auch den Mitverpflichteten zu Statten kommen muß. Denn jede Obligation kann nur einmal erfüllt werden, und erreicht mit dem Acte der Erfüllung ihre bestimmungsmäßige Endschaft für alle darin stehenden Personen § 10 I. 16 A. L. R.

B. Surrogate der Erfüllung.

Dies sind: 1. die rechtmäßige Deposition. Diese steht der wirklichen Erfüllung durchaus gleich § 213 I. 16 A. L. R. Also kein Zweifel, daß sie auch ebenso für die Mitverpflichteten wirkt. —

2. Angabe an Zahlungsstatt. Auch hiervon gilt das eben Gesagte (§§ 235, 242 ibid). Ihrem wahren Wesen nach ist sie übrigens: Verkauf der hingegebenen Sache um den Betrag der Schuld und Aufrechnung der letzteren gegen den Kaufpreis § 242 cit. Sie kann also auch unter dem Gesichtspuncte der Compensation betrachtet werden.

3. Compensation. Diese besteht in der Verwendung einer Gegenforderung als Zahlungsmittel, und wirkt, wenn sie anerkannt oder prozessualisch durchgesetzt ist, als wirkliche Zahlung, mithin auch für alle Mitschuldner. — Solche Verwendung steht jedoch in dem Belieben des Schuldners, dem die Gegenforderung zusteht; die Aufrechnung geht nicht von selbst vor sich. Daher kann jeder Schuldner nur mit seinen eigenen Gegenforderungen compensiren, wie er nur mit eigenen Mitteln rechtmäßiger Weise zahlen darf. Savigny Oblig. I S. 168 ff., §§ 300, 301, 305—307 I. 16 A. L. R., Koch, Commentar Anm. 1 zu § 300 cit.

4. Novation. Diese ist ihrem Wesen nach Tilgung der ursprünglichen Forderung durch Vertauschung gegen eine neue, also mit der Angabe an Zahlungsstatt von ganz gleicher Natur, und wie sie wahres Surrogat der Zahlung.

Savigny ib. S. 164 ff. § 454 I. 16 A. L. R.

Auch das A. L. R. erkennt dies an, indem es in § 458 ibid. bestimmt:

> „Wenn von mehreren Mitverpflichteten der Eine mit dem Gläubiger eine Novation der ganzen gemeinschaftlichen Verbindlichkeit vornimmt, so befreit er dadurch die übrigen ebenso wie durch geleistete Zahlung."

Es ist indessen behauptet worden, daß nach Preuß. Recht eine

Digitized by Google

Novation gar nicht möglich sei (Koch Uebergang der Forderungs-Rechte S. 285 ff.).

Zuzugeben ist dieser Ansicht, daß die Möglichkeit der Novation von dem Vorhandensein eines Formalcontracts abhängt; denn, da eine materielle causa nicht fingirt werden kann, so kann die neue Obligation die Bedingungen ihrer Gültigkeit nur aus der formellen Natur ihres Entstehungs-Actes schöpfen.

Allein m. E. steht nichts entgegen, den Wechsel als solchen zur Novation tauglichen Formalcontract aufzufassen.

(cf. Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. VII S. 1 ff.).

Mit Hülfe des Wechsels werden sich also alle Formen der Novation mit der im § 458 cit. angegebenen Wirkung herstellen lassen, sowohl mit als ohne Veränderung der in der Obligation stehenden Personen.

Sehr zweifelhaft dagegen ist die Frage, welche Wirkungen die im A. L. R. so genannte Novation durch Veränderung der Person des Gläubigers oder Schuldners für die Mitverpflichteten habe, wenn dieselbe ohne Vermittelung des Wechselgeschäfts vor sich gegangen ist. § 461 ibid. — Aus der Stellung des § 458 cit. unter den allgemeinen Grundsätzen von der Novation könnte man folgern, daß derselbe auch auf diese Species derselben volle Anwendung finden müsse. Indessen ergiebt eine genauere Betrachtung der einzelnen Fälle ein zum Theil abweichendes Resultat. Diese Fälle sind folgende:

a. Expromission, d. h. nach dem landrechtlichen Begriffe Uebernahme einer fremden Schuld statt des ersten Schuldners durch Vertrag mit dem Gläubiger §§ 399, 400 I. 14 A. L. R.

Sie ist entschieden keine Novation im Sinne des R. R., sondern eine dem letzteren unbekannte Singularsuccession in eine fremde Verbindlichkeit; es bleiben also die Modalitäten und Accessorien der ursprünglichen Schuld bestehen; nur die Person des Schuldners wechselt. (Koch, Commentar Anm. 88 zu § 400 cit.) M. E. wird daher, wenn für einen correus expromittirt wird, dessen Genosse nicht dadurch befreit werden können, da der objective Bestand der Obligation an sich unverändert bleibt, und auch außerdem Nichts vorgeht, was eine Wirkung über die Person des expromittirten Schuldners hinaus rechtfertigen könnte.

b. Delegation. Hierunter versteht das A. L. R. eine Anweisung, bei welcher der auf einen Anderen angewiesene Gläubiger jenen statt des Anweisenden als seinen Schuldner, und auch der Assignat den Assignatar als seinen Gläubiger annimmt. §§ 262—264 I. 16 A. L. R.

Digitized by Google

Das A. L. R. denkt sich den Fall so, daß der Assignat dem Anweisenden mit einer dem Betrage der Anweisung gleichkommenden Schuld verhaftet sei (§ 251, 265 ibid.), und dann geht auch in dieser Obligation eine Veränderung in der Person des Gläubigers vor sich. Indessen ist dies doch nicht wesentlich, da das Accept des Assignaten, welches als reiner Formalact anzusehen ist, das Bestehen einer materiellen Verbindlichkeit überflüssig macht (§§ 259, 266 ibid.). — Als Regel für alle Fälle ist daher nur anzunehmen, daß mit der Obligation zwischen dem Anweisenden und Assignatar eine Veränderung vorgeht und zwar in der Person des Schuldners, und diese Veränderung ist als eine wirkliche Novation aufzufassen. Denn zur Tilgung seiner Verbindlichkeit wird dem Gläubiger eine andere Forderung in Zahlung gegeben (§ 262 ibid.), und diese neue Verbindlichkeit ist wegen der formalen Bedeutung des Accepts frei von dem Erfordernisse einer materiellen causa. Man wird daher m. E. weder den annehmenden Assignaten als Successor in die Verbindlichkeit des Anweisenden, welche ja durch Angabe an Zahlungsstatt getilgt ist, noch den Assignatar als Successor in das Forderungsrecht des Anweisenden, dessen Existenz gar nicht nothwendig ist, ansehen können.[1])

Nach Vorstehendem kann es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß durch die Seitens eines Correalverpflichteten vorgenommene Delegation des gemeinschaftlichen Gläubigers auch die übrigen Verpflichteten befreit werden; denn sowohl ihrem Begriffe nach, als kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift (§ 262 cit.) wirkt die Delegation wie Angabe an Zahlungsstatt.

c. Im § 461 I. 16 A. L. R. ist auch Titel 11 Abschn. 3 als Ort citirt, wo über die Novation durch Veränderung der Person Bestimmung getroffen sei. — Dieser Abschnitt handelt von der Cession, und man müßte somit annehmen, daß durch diese eine Novation in der Person des Gläubigers bewirkt werde. — Dem ist indessen wohl nicht so. Denn die Cession begründet nach A. L. R. eine wirkliche Singularsuccession in ein fremdes Forderungsrecht, welches im Uebrigen völlig unverändert bleibt. — Auch die ausdrückliche Anerkennung des Cessionars als neuen Gläubigers durch den Schuldner hat keine novirende Kraft, da dieselbe wesentlich weiter Nichts ist, als Begebung der Einwendungen, keineswegs aber ein Formalact. Denn sie soll sich beziehen auf eine „der Qualität und Quantität nach bestimmte Forderung," hat also nicht aus sich selbst verpflichtende Kraft, wie das Accept einer Anweisung.[2])

1) A. M. Koch Commentar Anm. 14 zu § 265 ibid.
2) § 412 I. 11 A. L. R. — A. M. Gruchot Beiträge Bd. III S. 39 ff.

Digitized by Google

Wenn also einer von mehreren Verpflichteten den Cessionar für seinen Gläubiger anerkennt, so hat dies für die übrigen Schuldner weder befreiende, noch erschwerende Wirkung. —

Allein es kann doch in Folge der Cession des Forderungsrechts die Befreiung eines Mitschuldners eintreten. Man denke folgenden Fall: A und B schulden dem C aus einem gemeinschaftlichen Darlehn 100 Thlr.; C erklärt: meine Forderung aus jenem Darlehn gegen A cedire ich an X und habe volle Valuta erhalten;" des B geschieht keine Erwähnung. Ist dieser befreit?

Ich glaube, ja! Aber gewiß nicht wegen einer etwaigen Novation, sondern wegen stillschweigender Entlassung aus dem Schuldverhältnisse. Denn C hat sein ganzes Recht aus jener Obligation durch Verkauf (§ 381 I. 11) realisirt, dadurch aber, daß er nur des A als Schuldners gedacht hat, zu erkennen gegeben, er wolle sein Recht nur gegen diesen ausüben. Es ist daher auch nur dies Recht auf den X übergegangen und dadurch B befreit. Es müßte denn sein, daß die Auslassung des letzteren lediglich auf einem nachweisbaren Irrthum beruht habe.

Zweite Gruppe.

Hierunter fallen: Erlaß, Vergleich, rechtskräftiges Urtheil, Verjährung und Confusion; die sonstigen von Savigny noch erwähnten Aufhebungsgründe haben für uns ihre Bedeutung verloren.

1. Erlaß. (Koch, Recht d. Ford. II S. 31 ff.).

In seiner rechtlichen Natur ist keine Nothwendigkeit einer Wirkung auf den Bestand der Correalobligation an sich begründet; dennoch kann er eine befreiende Wirkung auch für die Mitverpflichteten haben. Es kommt darauf an, ob der handelnde correus als Repräsentant der gemeinsamen Obligation hat fungiren sollen, oder nicht.

Folgende drei Fälle sind möglich:

a. Der Erlaßvertrag, wenngleich mit einem Schuldner abgeschlossen, ist auf die Aufhebung der ganzen Obligation gerichtet. Z. B.: der Gläubiger A erklärt dem Schuldner B gegenüber unter dessen Acceptation: „ich erlasse die Forderung, welche ich aus dem Schuldscheine 2c. an B und C habe."

Ein solcher kommt unzweifelhaft allen Mitverpflichteten zu Statten (pactum in rem); denn die Wirkung, welche im R. R. die acceptilatio ohne Weiteres hatte, kann nach heutigem Rechte jedenfalls auch durch pactum herbeigeführt werden. Savigny Obl. I S. 178.

Diese Wirkung hat auch eine Quittung, aus der erhellt, daß die Aufhebung der Obligation nicht durch Zahlung erfolgt ist, sofern auch

Digitized by Google

die Ausmittelung eines anderen Tilgungsgeschäftes nicht gelingt. §§ 113, 114 I. 16 A. L. R. Entsch. des Ob.-Trib. Bd. 23 S. 107).

Hiernach hat das Ob.-Tribunal m. E. mit Recht entschieden (Entsch. Bd. 18 S. 264), daß ein dem persönlichen Schuldner gegenüber durch Quittung und Löschungsbewilligung erklärter Erlaß auch dem Besitzer des verpfändeten Grundstücks zu Statten komme. — Denn entweder sind beide als Correalschuldner zu betrachten, — und dann ergiebt sich der angenommene Satz nach Obigem aus der Natur der Correalobligation; — oder sie sind es nicht, dann führt die accessorische Natur des Pfandrechts zu demselben Resultate. Die Polemik Koch's (Anm. 72 zu § 114 cit.) erscheint mir daher um so weniger gerechtfertigt, als er selbst den persönlichen und den Hypothekarschuldner als correi betrachtet (Anm. 37 zu § 439 I. 5 a. E.).

b. Der Gläubiger entläßt einen Mitschuldner für s e i n e P e r s o n aus der Verbindlichkeit.

Dies kommt den Mitschuldnern nicht zu Statten (§ 437 I. 5) und nützt auch dem Entlassenen jenen gegenüber nicht, da der Gläubiger das unter ihnen kraft Vertrages oder gesetzlicher Bestimmung bestehende Verhältniß zum Nachtheile eines oder des anderen unter ihnen nicht ändern kann. § 390 I. 14 A. L. R.

c. Der Gläubiger erläßt einem Schuldner den auf ihn treffenden A n t h e i l der gemeinsamen Schuld.

Hierin liegt eine theilweise Aufhebung der Obligation selbst, welche nach den Grundsätzen zu a auch den Mitverpflichteten gegen den Gläubiger zu Statten kommt. Ebenso jenem Schuldner gegen seine Genossen, in so fern sie ihn nicht mehr bei Aufbringung des Restes der Schuld unter einander heranziehen dürfen (§ 436 I, 5 A. L. R). Ob aber der Erstere durch den Erlaß aus der Verbindlichkeit gegen den Gläubiger wegen der Restschuld ausscheidet, hängt von Fassung und Auslegung des Vertrages ab; ohne besonderen Grund wird man dies nicht annehmen können (§ 433, 434 ibid.).

Dem Erlasse steht rechtlich gleich die S t u n d u n g; ganz correct bestimmt daher das A. L. R. Titel 5, Theil I:

> § 441: „Wird die Zeit der Erfüllung eines Vertrages auf das Ansuchen eines Verpflichteten verlängert, so kommt diese Frist allen zu statten."
>
> § 442: „Bloße Nachsicht aber gegen einen Verpflichteten berechtigt die andern nicht, eine gleiche Nachsicht zu fordern."

Denn im ersten Falle repräsentirt der eine Schuldner die ganze Obligation (in rem), im zweiten nur sein persönliches Schuldverhältniß.

2. V e r g l e i c h. Dies ist nach der Definition des L. R. ein Vertrag,

Digitized by Google

wodurch die Parteien die bisher unter ihnen streitig oder zweifelhaft gewesenen Rechte dergestalt bestimmen, daß wechselseitig etwas gegeben oder nachgelassen wird. § 405 I, 16 A. L. R.

Hienach enthält der Vergleich — wenn wir bei der einseitigen Obligation stehen bleiben —, Seitens des Gläubigers einen partiellen Erlaß seiner prätendirten Forderung, Seitens des Schuldners ein Anerkenntniß der Restforderung.

Daß letzteres den Mitschuldnern nicht zum Nachtheile gereichen kann, folgt, wie weiter unten entwickelt werden wird, schon aus dem allgemeinen Grundsatze des § 438 I, 5, ist aber auch noch zu Gunsten des Bürgen ausdrücklich ausgesprochen in § 447 I, 16, (in welchem übrigens die Bedeutung des Vergleichs rücksichtlich des Schuldners als eines den Verlust der Einwendungen gegen die Restforderung mit sich führenden Anerkenntnisses klar hervortritt).

Ob aber der im Vergleiche enthaltene Erlaß den Mitschuldnern, welche dann natürlich auch den sonstigen Inhalt gegen sich gelten lassen müssen, zu Gute komme, ist lediglich nach den zu 1 entwickelten Grundsätzen zu beurtheilen. Denn § 448, I, 16, welcher dem Bürgen allgemein eine Exzeption aus dem Vergleiche giebt, ist offenbar aus der accessorischen Natur der Verpflichtung des Bürgen zu erklären, und daher auf andere Correalschuldner nicht anzuwenden.

Hienach wirkt m. E. der Vergleich seinem Wesen nach nur in personam, und es bedarf eines besonderen Willens der Contrahenten, um ihm eine darüber hinausgehende Wirkung auf die gemeinsame Obligation selbst zu verschaffen. Savigny's Auffassung (S. 179 a. a. O.), daß der Vergleich ein aus partieller Erfüllung und partiellem Erlaß zusammengesetztes Geschäft sei, scheint mir in ersterer Hinsicht nicht richtig. Denn dem partiellen Anerkenntnisse der Schuld kann zwar die Erfüllung sogleich folgen; es ist dies jedoch nicht wesentlich, und selbst, wenn es der Fall, wird man den Erfüllungs-Act nicht in dem Vergleiche suchen, sondern als Folge desselben ansehen müssen. Daß dann diese theilweise Erfüllung allen Mitverpflichteten zu Gute kommt, versteht sich freilich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst.

Ebenso scheint mir Gruchot (S. 332) ein außerhalb des Vergleichs liegendes Moment hereinzuziehen, wenn er den von einem Schuldner abgeschlossenen Vergleich in so fern zum Vortheil der übrigen für wirksam erklärt, als der dadurch beseitigte Streitpunct in einer vom Schuldner geltend gemachten Tilgung der Correalobligation selbst bestanden habe. Denn hier ist es doch wohl der zur Anerkennung gebrachte Tilgungs-

Digitized by Google

act, der den Mitschuldnern zu Gute kommt, nicht der Vergleich an sich, welcher nur als Beweismittel für jenen wird gebraucht werden können.

3. **Rechtskräftiges Urtheil.** Die Frage ist hier so zu stellen:

„Haben aus dem von einem Mitschuldner erstrittenen absolvirenden Erkenntnisse seine Genossen die exceptio rei judicatae?“

M. E. ist dieselbe zu verneinen. Denn nach heutigem Rechte novirt das Erkenntniß so wenig, wie die Litiscontestation. Mit der Obligation selbst geht also prinzipiell durch Prozeß und Urtheil keine Aenderung vor. Das formelle Recht aber, welches das letztere zur Erscheinung bringt, hat nur Geltung für bez. gegen die, zwischen welchen es ergangen ist, und die, welche in deren Rechte oder Pflichten succedirt sind (§§ 5 ff. I, 24 A. G. O., welche auch für die exc. rei judicatae maaßgebend sind). Ein solches Verhältniß aber, kraft dessen das von einem Correalschuldner erstrittene Erkenntniß auch für die übrigen von formeller Wirksamkeit sein müßte, existirt zwischen correis nicht, da ihre persönlichen Beziehungen zu der gemeinsamen Obligation verschieden sein können.

Es fehlt daher an der Identität der Personen, ohne welche die exc. rei judicatae nicht statthaft ist.

Aus diesem Grunde kann es auch auf den materiellen Inhalt (die Motive) der Entscheidung selbst dann nicht ankommen, wenn man annimmt, daß auch sie in Rechtskraft übergehen können; dem gegen einen Schuldner unterlegenen Gläubiger ist vielmehr unbenommen, sein Recht gegen einen anderen besser auszuführen.

Eine andere Frage aber ist es, ob die in jenem Prozesse gepflogenen Verhandlungen und etwa vom Gläubiger abgegebenen Anerkenntnisse über eine stattgefundene Tilgung der gemeinsamen Obligation als Beweismittel für eine solche auch von dem später angegriffenen Mitschuldner benutzt werden können, worüber lediglich nach prozessualischen Grundsätzen zu entscheiden ist.

Abweichender Ansicht ist Gruchot (S. 330), welcher annimmt:

„daß, wenn der verklagte correus nicht das Bestehen der Obligation läugne, sondern Thatsachen vorbringe, welche deren Wiederaufhebung nachwiesen, hierin eine solche Handlung zu erblicken sei, welche er in Ansehung der schuldigen Sache gethan, und welche deßhalb nach § 435, I, 5 auch seinen Mitschuldnern zu Gute komme.“

Indessen modificirt er dies selbst kurz darauf dahin:

„daß nicht die Prozeßführung mit dem einen Correalschuldner und das darauf gegründete Erkenntniß derjenige Rechtsact sei,

Digitized by Google

welcher den übrigen Verpflichteten zum Vortheile gereiche, sondern der dadurch zur Anerkennung gebrachte Tilgungsact selbst."

Ich sehe nur nicht, wie man, ohne unzulässige Anwendung der exc. rei judicatae, diesen Tilgungsact als zu Gunsten aller Mitverpflichteten zur unanfechtbaren Anerkennung gebracht ansehen kann, da doch vielleicht nur Contumaz des Gläubigers jene Entscheidung herbeigeführt haben mag. — Erachtet man aber die exc. r. j. für statthaft, dann kann es wohl keinen Unterschied machen, ob der absolvirte Schuldner die Ungültigkeit, oder die Wiederaufhebung der ganzen Obligation erwiesen hat. Denn in beiden Fällen würden auch die Mitverpflichteten gleichermaßen frei sein, wenn sie sich ohne Weiteres auf jene Entscheidung berufen könnten.

Für die Richtigkeit der in Betreff des Vergleichs und des Urtheils hier vertretenen Ansicht dürfte auch noch sprechen, daß das A. L. R. im § 437 I, 5 gerade diese Befreiungsgründe als Beispiele der nur für die Person wirkenden anführt, obschon zuzugeben ist, daß daraus allein noch nicht zu folgern sein würde, daß sie stets nur so wirken.

4. Verjährung. Diese kommt ohne Zweifel nur demjenigen Schuldner zu Statten, für welchen sie eingetreten ist. Indessen kann (ebenso wie nach R. R.) ein einzelner Mitschuldner sich auf die Extinctivverjährung nicht berufen, wenn der Gläubiger sein Recht auch nur gegen einen seiner Genossen ausgeübt hat §§ 576, 578, 570 I. 9 A. L. R.; es sei denn, daß jener dem Gläubiger auf geschehene Aufforderung die Leistung verweigert, und letzterer sich bei dieser Weigerung die Verjährungszeit hindurch beruhigt hätte § 577 ibid. —

Als Ausübungshandlungen des Gläubigers sind u. A. anzusehen:

a. Klage-Anstellung gegen einen Schuldner § 440, I, 5 § 551 ff. I, 9 A. L. R.; Ausnahme: Art. 80 A. D. W. O. —
b. Zinseinziehung; § 570, I, 9 A. L. R.: „Wer einen Theil seines Rechts ausübt, erhält dadurch das ganze Recht" (Koch, Commentar Anm. 8 zu diesem §).

Das Ober-Tribunal (Pl. Beschl. vom 2. Mai 1842) hat entschieden, daß auch die bloße Zinsannahme ohne vorhergegangene Einforderung als Ausübungshandlung des Gläubigers anzusehen sei. — M. E. mit Recht; denn durch die Annahme der Erfüllung (ganzen oder theilweisen) übt der Gläubiger recht eigentlich sein obligatorisches Recht aus, ohne daß auf die vorgängige Aufforderung Gewicht zu legen sei. cf. auch Koch ibid. Anm. 37 zu § 439, I, 5 A. L. R.

Dagegen schaden bloße Handlungen eines Mitverpflichteten, wodurch die Verjährung unterbrochen wird, also namentlich das Aner-

Digitized by Google

kenntniß, den anderen Schuldnern nicht (§ 439 cit. und Koch's Anm. 37 dazu, Koch R. d. F. II. S. 35, § 562 I, 9 A. L. R.).

5. Confusion. Dieser Aufhebungsgrund berührt recht eigentlich nur die Subjecte der Obligation, und erst folgeweise den objectiven Bestand derselben, so fern sie eine ihrer Daseinsbedingungen (die Existenz eines Gläubigers und eines Schuldners) hinwegnimmt. Letzteres ist nun bei der passiven Correalobligation nicht der Fall, da, wenn ein Mitschuldner das Gläubigerrecht überkommt, außer ihm noch andere Verpflichtete übrig bleiben, welche die passive Seite der Obligation zu repräsentiren geeignet sind. Daraus folgt, daß die in der Person eines correus eintretende Confusion auf den Bestand der Obligation ohne Einfluß ist. cf. Samhaber a. a. O. S. 118, 119.

Dies bestimmt auch das A. L. R. in § 492, I, 16:

„Wenn Rechte und Pflichten mehreren Personen gemeinschaftlich zukommen, so werden durch die Vereinigung, welche nur in Ansehung des Einen unter ihnen erfolgt, die Verhältnisse der Uebrigen nicht geändert."

Nur versteht sich nach dem Ausgleichungsprinzipe des A. L. R., daß der in das Gläubigerrecht eingetretene Mitschuldner sich den Antheil, welchen er als Schuldner selbst hätte beitragen müssen, bei der Geltendmachung der Forderung abziehen muß.

§§ 493, 494 I, 16 A. L. R.; Entscheid. des Ob. Trib. Bd. 12, S. 168.

β. Erweiterungshandlungen.

(Koch R. d. F. II. S. 32 ff. Gruchot S. 332 ff.)

§ 14.

Hierunter begreife ich alle Handlungen eines correus, welche entweder:

a. das Recht des Gläubigers extensiv über den ursprünglichen Inhalt hinaus erweitern; oder
b. dasselbe intensiv verstärken, namentlich indem sie Hindernisse seiner Geltung hinwegräumen; oder endlich
c. wenigstens die Verpflichtung des Schuldners erschweren. —

Sie sind ferner entweder Willenserklärungen, welche der Wirkung nach unter die beiden ersten der ebengedachten Classen, oder rechtsverletzende (unerlaubte) Handlungen, welche unter die letzte Classe (c) fallen. Für beide Arten gelten verschiedene Grundsätze.

I. Willenserklärungen. Für diese ist der gleichmäßige Grundsatz aufzustellen:

daß sie den Mitverpflichteten nicht zum Nachtheile gereichen.

Digitized by Google

Derselbe ergiebt sich schon aus folgender allgemeinen Betrachtung: In der passiven Correalobligation hat zwar jeder Schuldner die Fähigkeit die ganze Obligation passiv zu repräsentiren; aber diese Fähigkeit erstreckt sich nicht über die Grenzen und den Inhalt der ursprünglichen gemeinsam eingegangenen Verpflichtung hinaus. Rechtshandlungen also, welche auf eine Erweiterung dieser Verpflichtung abzielen, liegen außerhalb der Befugniß des einzelnen Schuldners, und können den objectiven Bestand der gemeinsamen Obligation, folglich auch die Pflichten der übrigen Schuldner nicht berühren, welche an diesem neuen Vertragswillen keinen Theil genommen haben (cf. l. 9 § 1 i. f. D. 45, 2). Dies leidet keinen Zweifel rücksichtlich derjenigen Willenserklärungen, welche neue Rechte für den Gläubiger constituiren; hier fehlt es an jedem Anhalte für die Mitverhaftung der übrigen Schuldner. Es findet aber auch volle Anwendung auf solche Willenserklärungen, welche das ursprüngliche Recht des Gläubigers sichern, oder über die gesetzliche Zeitgrenze hinaus erhalten. Denn wenn auch diese Handlungen nicht geradezu als selbständige Entstehungsgründe von Rechten zu betrachten sind, so theilen sie doch den Charakter der ersteren darin, daß sie das Recht des Gläubigers verstärken, indem sie es gegen mögliche, vielleicht durchgreifende Einwendungen sichern, so wie darin, daß sie nicht als naturgemäße Entwickelungsstufen der ursprünglichen Obligation, sondern als neue Anfänge zu betrachten sind. — Man könnte hier anscheinend einwerfen, daß derjenige, welcher berechtigt sei, das Recht des Gläubigers durch freiwillige Erfüllung gegen alle Eventualitäten zu sichern, auch befugt sein müsse, durch bindende Anerkenntnisse u. dergl. ein Gleiches zu thun. Allein man würde durchaus irren. Denn die Erfüllung geht auf seine Gefahr, da er für rechtlich unbegründete Leistungen an den Gläubiger von seinen Genossen keine Ausgleichung würde fordern können; jenes Anerkenntniß aber, wenn es gegen Alle wirksam wäre, könnte leicht einem anderen Mitschuldner zum Nachtheile gereichen, gegen welchen der Gläubiger davon bei Eintreibung der Forderung Gebrauch machen möchte. —

Der obige Grundsatz ist aber auch im A. L. R. ausdrücklich ausgesprochen, indem § 438, I, 5 bestimmt:

„Die Handlung eines Verpflichteten kann die Rechte der übrigen nicht schmälern."

Anwendungen dieses Grundsatzes, die schon früher Erwähnung gefunden haben, sind folgende:

1. Kein Verpflichteter kann durch seine Einwilligung das Recht des Gläubigers zum Nachtheile der anderen Verpflichteten über

Digitized by Google

die bestimmte Zeit hinaus verlängern (439, I, 5); also namentlich auch nicht die Extinctiv-Verjährung gegen die anderen durch sein Anerkenntniß unterbrechen.

2. Anerkenntniß der Schuld, oder in anderer Art ausgedrückte Entsagung der Einwendungen Seitens eines Schuldners schadet den Mitverpflichteten nicht; daher kann der Gläubiger von einem mit dem Hauptschuldner abgeschlossenen Vergleiche gegen den Bürgen zu dessen Nachtheil keinen Gebrauch machen (§ 447, I, 16 A. L. R.); und die Annahme des Cessionars als neuen Gläubigers durch einen Schuldner kann den übrigen ihre Einwendungen nicht nehmen.

§ 15.

(Fortsetzung.)

II. Rechtsverletzende Handlungen.

Für diese glaube ich (mit Koch S. 34) folgende Regel annehmen zu müssen:

> Alle contractswidrigen Handlungen eines Schuldners müssen dem Gläubiger gegenüber von allen Mitschuldnern in solidum vertreten werden.

Der Grund ist: weil durch solche Handlungen das Object der gemeinsamen Obligation nothwendig modificirt wird.

Jede Obligation enthält nämlich von Anfang an die Möglichkeit gewisser Metamorphosen ihres Inhalts durch schuldbare Einwirkung ihrer Subjecte oder zufällige Ereignisse. Alle diese Veränderungen liegen gewissermaßen im Keime schon bei ihrer Entstehung in ihr; sie enthalten daher nicht neubegründetes Recht, sondern sind als natürliche, wenn auch bei jenen Einwirkungen nicht beabsichtigte Entwickelungsstufen der ursprünglichen Obligation aufzufassen, welche letztere auch alle Momente der rechtlichen Beurtheilung derselben schon in sich trägt. Daher denn auch im R. R. die Contractsklage alle diese Modificationen mit umfaßte. —

Nehmen wir nun hinzu, daß in der passiven Correalobligation jeder Schuldner der Fähigkeit nach Vertreter der ganzen Obligation ist, daß diese Fähigkeit stets dann actuell wird, wenn seine Handlung mit rechtlicher Nothwendigkeit den objectiven Bestand der gemeinsamen Obligation ergreift; daß endlich jede culpose Contractsverletzung nothwendig gerade den Inhalt der Obligation (der Leistung) modificirt: — so können wir gewiß nicht umhin, solcher Verletzung eine Wirksamkeit für alle Mitschuldner zuzuschreiben.

Digitized by Google

Ein Beispiel möge das Gemeinte und damit zugleich den Unterschied der rechtsverletzenden Handlungen von den Willenserklärungen in dieser Hinsicht veranschaulichen:

A hat dem B und C gemeinschaftlich eine Sache in Verwahrung gegeben; durch grobe Verschuldung des B geht die Sache verloren. Hier verwandelt sich der Inhalt der Obligation von selbst und unabhängig von dem Willen der Betheiligten; A hat nicht mehr die Sache, sondern den Geldwerth (das Interesse) zu fordern. Will man nun nicht annehmen, daß C durch die schuldbare Handlung seines, vielleicht insolventen, Genossen völlig befreit werde, — was offenbar dem Wesen der Correalverpflichtung direkt widersprechen würde —, so kann es nicht anders sein, als daß jene Umwandlung des Objects auch auf C wirkt. Denn auch dieser kann — wie Koch mit Recht bemerkt — die Obligation nun nicht anders erfüllen, als daß er das Interesse leistet. Diese seine Verbindlichkeit ist auch nicht etwa als eine neue zu betrachten, sondern eine Folge der ursprünglich contrahirten Obligation, welche von Anfang an die Alternative: Leistung der Sache oder des Interesse in sich faßte. — Anders in folgender Wendung des Falls: Eine Beschädigung der deponirten Sache hat stattgefunden, ungewiß ob mit oder ohne Schuld eines Depositars. B, deßhalb in Anspruch genommen, erkennt freiwillig seine Verbindlichkeit zum Ersatze des Schadens an, und fixirt denselben unter Zustimmung des A auf eine bestimmte Geldsumme. Dies Anerkenntniß wird dem C nicht entgegenstehen, wenn er auf Erstattung des Schadens belangt wird. Denn es liegt außerhalb der natürlichen Entwickelung der ursprünglichen Obligation, es ist etwas durch neuen Vertragswillen der Betheiligten Hinzugekommenes, und kann deßhalb den C, der an diesem Willen nicht participirt hat, nicht berühren.

Zu demselben Resultate führt uns auch die Rücksicht auf den Zweck der passiven Correalobligation. Es soll dadurch dem Gläubiger die Verfolgung seines Rechts gesichert und erleichtert werden. Schlecht würde es aber um diese Sicherung bestellt sein, wenn der Gläubiger durch die Verschuldung eines Mitschuldners seines Rechts auch gegen die übrigen — um derentwillen er sich vielleicht nur auf das Geschäft eingelassen hat —, beraubt werden könnte; und um die Bequemlichkeit, wenn jedem in Anspruch genommenen Schuldner sein besonderes Versehen nachgewiesen werden müßte. — Wird durch die Schuld eines correus ein Schaden gestiftet, den er selbst nicht ersetzen kann, so ist es doch gewiß der Billigkeit entsprechender, daß seine Genossen ihn tragen, welche sich um die Person ihres Mitschuldners bekümmern, und

Digitized by Google

es an dessen Beaufsichtigung nicht fehlen lassen mögen, als der Gläubiger, der gerade durch die solidarische Haftung Mehrerer sich hat sichern wollen. —

Es erübrigt nun noch der Nachweis, daß der an die Spitze gestellte, zunächst nur durch Erwägungen allgemeinerer Natur begründete Rechtssatz, wie im R. R. (l. 18 D. de duob. reis 45, 2), so auch in unseren Gesetzen eine positive Stütze, wenigstens keine Widerlegung finde.

Die einzige Gesetzesstelle, die man mit einigem Schein dagegen anführen könnte, ist der bereits oben allegirte § 438, I, 5. Derselbe ist jedoch nur auf Willenserklärungen zu beziehen; dies ergiebt sein Zusammenhang, sowohl mit den vorhergehenden Bestimmungen, welche von den Wirkungen der Befreiungshandlungen reden, als auch mit dem folgenden § 439, welcher, durch das Wörtchen „also" als ein Beispiel des § 438 sich ankündigend, einen Fall der Erweiterung des Gläubigerrechts durch darauf gerichtete Willenserklärung eines Schuldners enthält (cf. auch Gruchot S. 335).

Andererseits aber sprechen m. E. mehrere Gesetzesstellen den richtigen Grundsatz geradezu aus, oder setzten ihn wenigstens voraus. Es sind dies folgende:

a) §§ 201, 205 I, 13 A. L. R.:

„Wenn mehrere Bevollmächtigte ein Geschäft gemeinschaftlich übernommen haben, so wird ein Jeder derselben dem Machtgeber zur Vollziehung auf das Ganze verpflichtet" (201).

„Der, durch dessen Schuld bei dem Geschäfte ein Schaden entstanden ist, muß seinen Mitgenossen, so weit diese dem Machtgeber dafür haften müssen, gerecht werden" (205).

So viel ich sehe, läßt sich der Fall des § 205 gar nicht construiren, wenn man nicht annimmt, daß jeder Bevollmächtigte für die Schuld des anderen hafte. Der von Koch (Lehrbuch des Preuß. Privatrechts (1. Aufl.) Bd. II S. 361) angenommenen subsidiarischen Haftbarkeit des Einen für die Versehen des Anderen, welche er hätte verhindern können, steht § 205 geradezu entgegen; denn, wenn Jenem der Regreß an den eigentlich Schuldigen gegeben ist, so muß er dem Gläubiger nicht bloß in subsidium sondern principaliter verpflichtet sein. Ueberdieß wäre eine solche Haftbarkeit immer nur eine Verpflichtung aus eigenem Versehen, nämlich aus der vernachlässigten Aufsicht über den Genossen. — Man müßte also, von Koch's Auffassung ausgehend, den § 205 einfach streichen; denn das Wort: „müssen" in dem Zwischensatze schließt auch die Möglichkeit aus, seine Bedeutung auf den Fall freiwilliger Befriedigung des Gläubigers durch den Schuldlosen zu beschränken. In seinem Commentare merkt Koch zu diesem § unter Allegirung der

ganz beweislosen l. 60 § 2 D. mand. 17, 1 und in offenem Widerspruche mit dem in seinem Rechte der Forderungen vorgetragenen Grundsatze an:

> „Für die Schuld des Einen haften die Anderen nicht; nur für ein gemeinschaftliches Verschulden haften alle solidarisch."

Eine Andeutung, wie dieser Satz mit § 205 zu vereinigen, oder weßhalb man den letzteren ohne Weiteres fallen lassen müsse, giebt er leider nicht.

b) §§ 59—61, I, 14 A. L. R.:

> „Ist die niedergelegte Sache Mehreren gemeinschaftlich anvertraut worden, so haften Alle für einen und einer für Alle" (59).
>
> „Eine gleiche Verbindlichkeit findet auch bei mehreren Erben des Verwahrers statt" (60).
>
> „Doch muß der Niederleger sich zuerst und hauptsächlich an denjenigen Miterben halten, welcher die Sache aus dem Nachlasse in seine Gewahrsam übernommen hat" (61).

Erwägt man, daß in den vorhergehenden Bestimmungen alle Verpflichtungen des Verwahrers, auch die aus contractswidrigen Handlungen, abgehandelt sind, und daß im Anschlusse daran § 59 cit. ohne jede Einschränkung die solidarische Haftung mehrerer Verwahrer anordnet, so kann man gewiß nicht anstehen, auch die Verbindlichkeiten aus Verschuldungen in diese Solidarität einzuschließen. — Hierfür spricht aber auch noch die Einschränkung, welche § 61 der Solidarhaftung mehrerer Erben, die an sich etwas Anomales und Hartes hat, beifügt; diese wäre völlig überflüssig, wenn jeder Depositar nur für seine eigenen Facta einzustehen hätte.

Trotzdem nimmt Koch (Anm. 34 u. 35 zu den cit. §§) auch hier an, daß der Schuldlose für den Schuldigen überhaupt nicht einzustehen habe; als Beweis hierfür ist wiederum nur eine Stelle des R. R. citirt, welche den Fall betrifft, wo keine Correalhaftung mehrerer Depositare verabredet war (cf. v. Savigny Oblig. I. S. 204, 205). —

c) §§ 288, 289 II, 18 A. L. R.:

> „Mehrere Vormünder, welche die Verwaltung gemeinschaftlich geführt haben, haften dem Pflegebefohlenen Einer für Alle und Alle für Einen." (288).
>
> „Es kann aber nicht nur der in Anspruch genommene an den, welcher den Schaden eigentlich verursacht hat, sondern auch, wenn Keinem von ihnen ein Uebergewicht der Schuld zur Last fällt, ein Jeder an die Uebrigen für ihren Antheil sich halten." (289).

Diese Bestimmungen sind m. E. für die hier vertretene Ansicht entscheidend. Es ist dabei Folgendes in Betracht zu ziehen:

Die Vormundschaft begründet nach R. R. eine wirkliche contractsähnliche Obligation zwischen dem Vormunde und dem Mündel bezüg-

Digitized by Google

lich der Administration des Mündelvermögens, aus welcher die actio tutelae entspringt. Diese geht auf Rechnungslegung über die gesammte Verwaltung, Herausgabe des Vermögens und Ersatz alles vom Vormunde zu prästirenden Schadens (Puchta Pand. S. 480, 481, 488). Es ist also die Haftung des Vormundes für beschädigende Handlungen nicht etwa auf eine Delictsobligation zurückzuführen, sondern sie entspringt aus dem durch Uebernahme der vormundschaftlichen Verwaltung begründeten Quasi-Contract, und wird durch die aus letzterem originirende Klage zur Geltung gebracht.

Ganz dasselbe gilt auch für das Preuß. Recht. Denn wenn hier auch der publicistische Charakter des Rechtsinstituts und die Auffassung der Vormundschaft als eines öffentlichen Amtes mehr hervortritt, als im R. R., so ist dadurch doch die Natur des privatrechtlichen Verhältnisses zwischen dem Vormunde und Mündel in Betreff der Vermögensadministration nicht geändert. Dies Verhältniß ist entschieden eine Abart des Bevollmächtigungs-Vertrages, oder vielmehr einer besonderen Species desselben, des Verwaltungscontracts; und der Inhalt der für den Mündel daraus entspringenden Klage gegen den Vormund wesentlich derselbe, wie im R. R. (§§ 861 ff. II, 18, cf. auch § 258 ibid.). — Aus diesem contractsähnlichen Verhältnisse entspringt denn auch die Verpflichtung des Vormundes zu besonderer diligentia und Ersatz des durch seine Schuld verursachten Schadens, wobei es natürlich irrelevant ist, daß die Uebernahme dieser Obligation nicht immer eine freiwillige, und deren Inhalt durch das Gesetz unabänderlich bestimmt ist. So wird denn auch nach Pr. R. nicht durch jede culpa des verwaltenden Vormundes eine besondere Delictsobligation erzeugt, sondern die Hauptobligation aus dem Quasi-Contracte modificirt. Daher die völlige Abweichung dieser Bestimmungen von den über außercontractliche Beschädigungen geltenden (§§ 29 ff. I, 6 A. L. R.). — Wir haben also hier den Fall, daß eine bestehende Correalobligation durch culpa eines Mitschuldners modificirt ist: und das Gesetz bestimmt ausdrücklich, daß dafür auch die schuldlosen Genossen dem Gläubiger verhaftet sind. Dies ist aber genau der Grundsatz, dessen Richtigkeit zu beweisen war.

§ 16.

(Fortsetzung.)

Es ist nun noch der abweichenden Ansicht von Gruchot (a. a. O.) zu gedenken.

Dieser nimmt an, daß zwar die rechtsverletzenden Handlungen eines

Digitized by Google

correus in keinem Falle eine befreiende Wirkung für die Mitschuldner haben könnten, ebenso wenig aber deren Lage erschweren, und deren Verbindlichkeiten ohne ihr Zuthun über den gegebenen Inhalt der Obligation hinaus erweitern dürften. Für letztere müsse also die ursprüngliche Obligation als fortdauernd angesehen werden; woraus folge, daß wenn ihnen durch die Schuld des Genossen die Leistung des eigentlichen Objects der Obligation unmöglich geworden wäre, für sie der einfache Werth desselben an dessen Stelle trete, während allein der Schuldige dem Gläubiger für das volle Interesse hafte.

Gegen diese vermittelnde Ansicht scheinen mir folgende Gründe zu sprechen.

1) Keine Gesetzesstelle deutet auf eine solche Abstufung der Haftung der Correalschuldner hin; die citt. §§ 288, 289 II, 18 schließen sie vielmehr entschieden aus. Gruchot scheint sich auf § 205 I, 13 berufen zu wollen. Allein der Zwischensatz: „soweit diese dem Machtgeber dafür haften müssen" kann nicht eine quantitative Einschränkung der Haftungspflicht, sondern nur der erfolgten Leistung an den Machtgeber ausdrücken, da erst die wirkliche Befriedigung des Gläubigers, nicht schon die Verpflichtung hiezu, den Regreß gegen die Mitverpflichteten zu begründen vermag. Jener Zwischensatz muß also dahin ausgelegt werden: „so weit diese dem Machtgeber dafür haben aufkommen müssen;" eine Erklärung, die auch in grammatischer Hinsicht nach dem Sprachgebrauche des A. L. R. wohl zu rechtfertigen ist, weil letzteres (wie mir erinnerlich ist) das „haben" in derartigen Satzbildungen öfters wegläßt.

2) Es fehlt an einem Maaßstabe für die Ersatzverbindlichkeit des schuldlosen correus, wenn die Obligation nicht auf Restitution oder Hingabe von Sachen gerichtet war; z. B. in dem Falle des § 205 I, 13 cit. — Man müßte denn hier die Verpflichtung durchgängig auf den Ersatz des wirklichen Schadens beschränken, also gewissermaßen fingiren, daß der schuldlose correus sich ein mäßiges Versehen habe zu Schulden kommen lassen (§ 288 I, 5 A. L. R.); was offenbar willkührlich sein würde. — Die von Gruchot citirte Bestimmung des französischen Rechts bezieht sich daher auch nur auf den Untergang einer geschuldeten Sache durch culpa oder während des Verzuges eines correus.

3) Auch die innere Begründung jener Ansicht scheint mir nicht ganz stichhaltig zu sein. Sie ruht auf dem Satze:

„Die solidarische Verbindlichkeit der übrigen correi kann ohne ihr Zuthun nicht über den gegebenen Inhalt der Obligation hinaus willkührlich erweitert, also nicht auf die durch das rechtswidrige Thun ihres Mitschuldners

Digitized by Google

> neu begründete, nach ganz besonderen Grundsätzen zu beurtheilende Verbindlichkeit ausgedehnt werden" (S. 336). —

Zunächst kann nun nicht anerkannt werden, daß durch die contractswidrigen Handlungen des Schuldners eine Erweiterung des Inhalts der Obligation herbeigeführt werde. Für den Gläubiger wenigstens ist dies prinzipiell nicht der Fall. Denn durch die Vergütung seines Interesses soll ihm nur das gewährt werden, was er ohne jene beschädigende Handlung gehabt haben würde; jede Bereicherung ist dabei grundsätzlich ausgeschlossen und kann nur etwa in Folge unrichtiger Schätzung zufällig eintreten. Für den Schuldner kann allerdings eine Erschwerung seiner Verbindlichkeit dadurch herbeigeführt werden, daß er statt des bereits in seinem Vermögen befindlichen Objects der Obligation dem Gläubiger ein anderes aus seinen Mitteln verschaffen muß, ohne durch jenes bereichert zu sein. Indessen ist auch dieser Erfolg nicht nothwendig; man denke an den Depositar oder Leiher, welcher für die in seinen Nutzen verwendete Sache Ersatz leisten muß. — Man kann also nur sagen, daß der Inhalt der Obligation durch culpa modificirt wird. — Diese Modification ist aber gewiß nicht als eine „neubegründete, nach ganz besonderen Grundsätzen zu beurtheilende Verbindlichkeit" anzusehen, sondern, wie im Eingange dieser Erörterung ausgeführt wurde, als eine Entwickelungsstufe der ursprünglichen Obligation, welche ganz nach den über diese geltenden Grundsätzen beurtheilt werden muß. Sonst gäbe es keinen Unterschied zwischen contractlicher und außercontractlicher culpa.

Fragt man nun aber: Aus welchem Rechtsgrunde soll der unschuldige correus auch nur für den einfachen Sachwerth haften, wenn das Object der Obligation ohne sein Zuthun durch Schuld eines Genossen untergegangen ist, und warum wird er nicht vielmehr hierdurch wie durch casus befreit? so glaube ich, giebt es nur eine mögliche Antwort hierauf:

> „weil ihm die Schuld des Genossen wegen des zwischen ihnen obwaltenden Verhältnisses zugerechnet wird, und deßhalb nicht als Zufall zu betrachten ist."

Woher soll aber dann die Rechtfertigung einer theilweisen Zurechnung entnommen werden? Ich finde keinen Rechtsgrund dafür. Aber auch das Motiv, welches die scheinbare Härte der vollen Haftung für die Schuld des anderen bietet, wird abgeschwächt durch den dem Unschuldigen gegen den Schuldigen gegebenen Regreß, worüber im § 19 gehandelt werden wird.

Digitized by Google

§ 17.

(Fortsetzung.)

Schließlich ist noch eine besondere Art der Rechtsverletzung hervorzuheben, nämlich der Verzug.

Bekanntlich galt im R. R. der Satz, daß die mora eines Correalschuldners den Mitschuldnern nicht schade. Die Begründung desselben, für welche die Quellen keinen Anhalt bieten, ist nicht ohne Schwierigkeit und Zweifel, (cf. Gruchot a. a. O. S. 209 ff.). M. E. dürfte weder die Hinweisung darauf, daß die mora ein bloßes Unterlassen sei (Savigny Oblig. I, S. 160), noch die an sich richtige Erwägung, daß dieselbe regelmäßig durch eine Handlung des Gläubigers herbeigeführt werde, zu dieser Begründung hinreichen. Denn im Allgemeinen ist es für die Folgen imputabler Rechtsverletzungen gleichgültig, ob diese durch Handlungen oder Unterlassungen begangen sind; und daß eine Seitens des Gläubigers gegen einen Schuldner gerichtete Handlung auch Wirkungen gegen die übrigen haben könne, beweist die Klage oder Zinseinziehung, als Unterbrechung der Verjährung. — Es muß also noch etwas hinzukommen, und dies scheint mir in Folgendem zu liegen:

Die mora, als rechtswidrige Verzögerung der Erfüllung einer Obligation, modificirt an sich den Inhalt der letzteren nicht, sondern fügt zu den vorhandenen wesentlich neue Verpflichtungen des Schuldners hinzu, namentlich die zur Entrichtung von Zinsen und die Haftung für casus. — Es verträgt sich nun, wie oben ausgeführt, mit dem Wesen der Correalobligation ganz gut, daß die Haftung der Schuldner für das gemeinsame Object später eine verschiedenartige wird, so fern nur das Object selbst nicht ein verschiedenes ist. Somit liegt keine rechtliche Nothwendigkeit vor, die Folgen der mora des Einen auch auf die Andern wirken zu lassen. Auch in der Absicht der Betheiligten liegt dies nicht; sonst würde der Gläubiger seine Interpellation gegen alle haben richten können. Es ist daher vollkommen gerechtfertigt, wenn die durch die mora herbeigeführten Zusatzverpflichtungen auf Denjenigen beschränkt bleiben, in dessen Person jene eingetreten ist. — Den Unterschied zwischen mora und culpa zeigt folgendes Beispiel: A und B haben solidarisch dem C eine Sache zu restituiren. Verschuldet A ihren Untergang, so verwandelt sich der Inhalt der Obligation in die Forderung des Interesse, und diese Verwandlung trifft nothwendig auch den B. Nehmen wir dagegen an, A sei durch Interpellation des C in Verzug gesetzt: so ist das Object der Leistung noch immer dasselbe, nur haftet A weiter, als B, nämlich auch für casus. Folglich wird, wenn die Sache nachher durch Zufall untergeht, B befreit, A nicht. Auch für

Digitized by Google

sonstigen durch die Zögerung erwachsenen Schaden wird nur A aufzukommen haben, namentlich also bei Geldschulden zur Entrichtung von Verzugszinsen verpflichtet sein. —

Das A. L. R. enthält keine besonderen Bestimmungen wegen des Verzugs. Indessen steht nichts entgegen, den innerlich begründeten Satz des R. R. unverändert gelten zu lassen; ja diese Geltung wird noch begünstigt durch die etwas veränderte Gestalt, welche die mora in unserem Rechte angenommen hat. — Verzug ist danach jede Zögerung in der an sich möglichen Erfüllung fälliger Verbindlichkeiten (§§ 15, 16, 26 I, 16 A. L. R.); fällig wird aber eine Schuld nicht bloß durch die Mahnung des Gläubigers, sondern auch durch Eintritt eines im Voraus bestimmten Zahlungstermins (§ 20 ibid.). Es hat also die Mahnung nach Pr. R. keine andere Function, als die Fälligkeit einer Verbindlichkeit herbeizuführen, steht mithin in dieser Hinsicht einem *von Anfang* beigefügten dies völlig gleich. — Wenn nun, wie nicht zweifelhaft ist, sowohl von Anfang an den mehreren Schuldnern verschiedene Zahlungstermine gestellt, als auch die ursprünglich gleichen hernach durch Fristbewilligungen (§ 412, I, 5 A. L. R.) geändert werden können, so hindert den Gläubiger gewiß nichts, durch seine Kündigung die Fälligkeit der Schuld nur gegen Einen der Verpflichteten herbeizuführen. Dadurch, daß er seine Kündigung nicht gegen die anderen richtet, giebt er zu erkennen, daß er von diesen noch keine Zahlung begehrt, ihnen vielmehr noch Nachsicht gewähren will (cf. Gruchot S. 210, 211). Dem würde es geradezu widersprechen, wenn er auch diese hinterher für die Folgen der einem Anderen zur Last fallenden Zögerung verantwortlich machen wollte. —

2. Wirkungen der Correalität auf das Rechtsverhältniß der Schuldner unter einander.

§ 18.

Die großen Schwierigkeiten, welche die Lehre vom Regresse der Correalschuldner gegen einander vom Standpuncte des gemeinen Rechts aus von jeher geboten, hat das A. L. R. durch im Ganzen sachgemäße Bestimmungen beseitigt, ohne freilich dadurch allen Zweifeln den Boden genommen zu haben. Das A. L. R. faßt nämlich die Schuldgemeinschaft als eine Art societas auf, welche schon an sich, ohne Hereinziehung anderer Rechtsmittel, die Verpflichtung der Genossen zu gemeinsamer Aufbringung der Schuld und folglich Schadloshaltung dessen, welcher mehr als seinen Antheil an den Gläubiger hat entrichten müssen, mit sich bringt. — Wir wollen zunächst die regelmäßige Gestaltung dieses

Digitized by Google

Ausgleichungs- (Regreß-) Rechts, und sodann zwei wichtige Einschränkungen desselben ins Auge fassen.

A. Regelmäßige Gestaltung.

1. Voraussetzung des Regreßanspruchs für den einzelnen correus ist: Erfüllung der gemeinsamen Verbindlichkeit über den ihm obliegenden Antheil hinaus. Außer der wirklichen Erfüllung berechtigen auch sämmtliche im § 13 (B) aufgeführten Surrogate derselben zur Regreßnahme; andere Tilgungsgründe dagegen nicht, sollten dieselben auch in rem gewirkt haben (§ 443, I, 5.).
2. Den Maaßstab der Ausgleichung giebt:
   a. zunächst der unter den Schuldgenossen bestehende Vertrag § 443 cit.
   b. eventuell „das in Ansehung des übernommenen Geschäfts oder des daraus gezogenen Vortheils obwaltende besondere Verhältniß" § 444 ibid. *)
   c. äußerstenfalls die wichtige Regel:
   daß die Verpflichteten unter sich zu gleichen Theilen haften. § 445 ibid.

   Nach diesem Verhältnisse kann also der, welcher den Gläubiger befriedigt hat, an seine Mitverpflichteten Regreß nehmen; indessen haften ihm letztere nur pro rata § 448 ibid. — Nur die Antheile derjenigen, welche wegen Handlungsunfähigkeit aus der Obligation ausgeschieden oder insolvent sind, müssen von den Uebrigen, einschließlich des Regreßnehmers, aufgebracht werden. §§ 446, 447 ibid. —

   Es ist behauptet worden, daß der Zahlende, falls ihm das Recht des Gläubigers cedirt worden, jeden Mitverpflichteten auf das Ganze nach Abzug seines eigenen Beitrages in Anspruch nehmen könne (Bornemann l. c. S. 280). Allein die §§ 492—494 I, 16 A. L. R. unterstützen diese Ansicht nicht, da sie nur der Annahme entgegentreten, als ob das ganze Recht des Gläubigers durch Confusion erloschen sei, und keinesfalls den Mitschuldnern Einwendungen abschneiden wollen, welche sie aus der Person des in das Gläubigerrecht succedirten Genossen entnehmen können. — Solchen Einwand giebt ihnen nun die klare

*) Hienach soll — wie Suarez in der rev. monit. bemerkt — derjenige, welcher allen Vortheil aus dem Geschäfte gezogen hat, allein für das Ganze aufkommen müssen. cf. Bornemann System II, S. 380.

Digitized by Google

Bestimmung des § 448, I, 5, wonach die Schuldgenossen unter sich nur pro rata haften, und es ist nicht ersichtlich, was dem klagenden correus hiegegen die Berufung auf die Cession des Gläubigers helfen soll. Nicht anders verhält es sich, wenn ein Mitschuldner die Forderung ererbt hat.

cf. Koch R. d. F. II. S. 41 ff., Commentar Anm. 39 zu § 445, I, 5. Gruchot S. 342, von Savigny S. 266, 291.

3. Um die schließliche Ausgleichung zu sichern, ist den Schuldnern das Recht gegeben, gegen denjenigen von ihnen, dessen künftige Insolvenz die Umstände wahrscheinlich machen, auf Sicherstellung seines Antheils an der gemeinschaftlichen Schuld zu dringen (§ 449, I, 5 A. L. R.).

4. Hat der Regreßnehmer zur Zeit, als er vom Gläubiger *in Anspruch* genommen wurde, seine Mitschuldner nicht zur gemeinsamen Vertheidigung aufgefordert, so können diese ihm alle Einwendungen entgegensetzen, welche ihnen gegen den Gläubiger zustanden. Es kann daher die Verabsäumung der Litisdenuntiation unter Umständen den Verlust des Regresses zur Folge haben. (Bornemann l. c. S. 381, Koch S. 45).

§ 19.

(Fortsetzung.)

B. Beschränkungen der Regel.

I. Die vorstehenden Grundsätze finden nur dann Anwendung, wenn die Correalverpflichtung eine gemeinschaftliche ist, d. h. auf einer juristischen Thatsache beruht; nicht aber da, wo verschiedene Verpflichtungsacte vorliegen. —

Diese wichtige Modification folgt m. E. unabweislich aus den §§ 374, 378, 379 I, 14 A. L. R. Diese handeln von dem Verhältnisse mehrerer Mitbürgen; § 374 bestimmt, daß „auf solche Mitbürgen, die sich gemeinschaftlich verbürgt haben, die Vorschriften von Correal-Obligationen Anwendung finden sollen. Sodann verordnen die §§ 378, 379 wörtlich:

„Wenn mehrere Personen, ein Jeder besonders, die Bürgschaft für Eine Verbindlichkeit übernehmen, so hat der Gläubiger die Wahl, einen Jeden derselben, nach Höhe der geleisteten Bürgschaft, ganz, oder auf einen Theil der Schuld so lange in Anspruch zu nehmen, bis er wegen seiner ganzen Forderung befriedigt ist" (378).

„Dagegen findet in Ansehung solcher Bürgen unter sich, so wie keine gemeinsame Verbindlichkeit, also auch keine gegenseitige Vertretung statt" (379).

Digitized by Google

Daß auch nach dem A. L. R. Mitbürgen der letzteren Art wirkliche Correalschuldner sind, wird nicht in Abrede gestellt werden können, da § 378 die Wirkung der Correalität dem Gläubiger gegenüber klar ausspricht; § 379 verneint nur deren gemeinsame Verbindlichkeit unter sich, d. h. eine unter ihnen bestehende communio, und, wie schon oben (§ 2) erwähnt, ist nach dem Sprachgebrauche des A. L. R. der Ausdruck „gemeinschaftlich" keineswegs mit „solidarisch" gleichbedeutend, sondern muß in jedem Falle aus dem Zusammenhange seine genauere Erklärung empfangen (dies übersieht Samhaber a. a. O. S. 212). Da nun also § 379 den Regreß unter den correis geradezu als eine Folge des gemeinschaftlichen Verpflichtungsactes hinstellt, ohne damit die Möglichkeit der Correalverpflichtung durch gesonderte Acte abzuschneiden, so ergiebt sich daraus der zu beweisende Satz (cf. Koch S. 39).

Indessen faßt das A. L. R. den Begriff der Gemeinschaftlichkeit weit, da es ihn auch auf gemeinsame Delicte ausdehnt (§ 33, I, 6). Nur Denjenigen, welche vorsätzlich einen Schaden veranlaßt haben, ist der Regreß unter einander abgesprochen, und bestimmt, daß die Antheile der vom Gläubiger nicht Belangten der Armenkasse des Orts als Strafe zu entrichten sind — §§ 34, 35 ibid. Gruchot S. 486—498. — Hierdurch wird anerkannt, daß selbst eine Schuld aus gemeinsamem dolus unter den Schuldnern an sich getheilt, und dem Zahlenden nur zur Strafe der Regreß versagt ist. — Man wird daher aus der prinzipiellen Zulassung des Regresses bei Delictsobligationen keinen Grund gegen die Richtigkeit des zu Eingang dieses § aufgestellten Grundsatzes entnehmen können (wie dies von Samhaber a. a. O. geschieht), weil auch bei jenen als Bedingung des Regresses die Gemeinschaftlichkeit des Verpflichtungsacts festgehalten ist.

Uebrigens ist wohl nicht zweifelhaft, daß auch Correalschuldner aus gesonderten Verpflichtungsacten sich dadurch den Regreß an ihre Mitschuldner sichern können, daß sie sich bei der Zahlung das Recht des Gläubigers cediren lassen. Denn hierdurch giebt der Gläubiger zu erkennen, daß er seine Forderung als eine auf die sämmtlichen Schuldner vertheilte, und die erhaltene Zahlung nur auf den Antheil des Zahlenden als Schuldentrichtung, zum Ueberreste aber als Kaufpreis für die dann noch verbleibende Forderung ansehen wolle. Der Zahlende kann demgemäß diese Restforderung, natürlich auch nur pro rata, von den Mitverpflichteten einziehen. — Eine Ausnahme hiervon wird bei Schuldgenossen ex dolo gelten müssen, da die positive Vorschrift des § 35, I, 6 A. L. R. der Wirksamkeit der Cession entgegenstehen würde. Hier würde nur noch die schwierige Frage zu erörtern sein, wie es um

Digitized by Google

die Ausgleichung zwischen den Besitzern verschiedener, für **eine** Forderung verpfändeter Grundstücke stehe. Indessen hängt dieselbe doch auch mit dem Pfandrechte zu enge zusammen, als daß sie ohne dessen Hereinziehung eine befriedigende Lösung finden könnte. Ihre Beantwortung soll daher einem anderen Orte vorbehalten werden, um die Grenzen dieser Abhandlung nicht übermäßig zu erweitern. —

II. Eine zweite wichtige Modification der Regel ist folgende:

> Ueberall, wo ein Correalverpflichteter für den durch die Schuld eines Genossen verursachten Schaden dem Gläubiger hat aufkommen müssen, kann er Regreß aufs Ganze gegen den Urheber des Schadens nehmen, während dem Letzteren seinerseits kein Rückgriff gegen seine Genossen zusteht.

Dieser Grundsatz findet sich ausgesprochen:

a. für Theilnehmer und Zuschauer bei Tumulten und Aufläufen in § 11 der Verordnung vom 17. Aug. 1835;
b. für mehrere Bevollmächtigte in § 205, I, 13 A. L. R.
c. für die Mitglieder von Beamten-Collegien in §§ 136, 137 II, 10 A. L. R.
d. für mehrere verwaltende Vormünder in §§ 288, 289 II, 18 A. L. R.

An seiner Allgemeingültigkeit läßt sich bei dieser Verschiedenartigkeit der Anwendung, bei welcher er niemals als Singularität erscheint, nicht füglich zweifeln; um so weniger, als er eine entschiedene Forderung der Gerechtigkeit befriedigt, und die Härte, welche die Haftung für fremde culpa in sich schließt, zu mildern geeignet ist.

Seine tiefere Begründung dürfte sich noch in folgender Art versuchen lassen:

Die Mitverpflichteten werden in Betreff der gemeinschaftlichen Schuld der Regel nach gewissermaßen als socii betrachtet. Nun kann aber ein socius für den bei Ausrichtung des gemeinsamen Geschäfts durch seine Schuld erlittenen Schaden keine Vergütung fordern, und muß andererseits den durch ihn angerichteten Schaden seinen Genossen ersetzen (§§ 227, 211, I, 17; § 80, I, 13 A. L. R.).

Dieselben Regeln lassen sich offenbar auch auf Verletzungen des Objects der gemeinsamen Verpflichtung durch einen correus, sofern dadurch seine Genossen beschädigt sind, anwenden.

Hiemit stimmt endlich auch die allgemeine Regel des § 35, I, 3 A. L. R. überein, wonach aus unerlaubten Handlungen für den Handelnden zwar Verbindlichkeiten, aber keine Rechte entstehen. —

Digitized by Google

Nr. 12.

Zur Lehre von der nützlichen Verwendung.

Von dem Kreisrichter Röser in Rosenberg.

I. Römische Versionsklage.

Nach den leitenden Principien des römischen Rechts war der, welcher mit einem unter väterlicher Gewalt stehenden Sohne contrahirt und das Versprochene leistet, ohne wirksamen Rechtsschutz. Denn hatte der filiusfamilias das Geschäft für sich abgeschlossen, so war er nicht im Stande dem Gläubiger gerecht zu werden, da er außerhalb der Peculien nur für den Vater erwarb (§ 1 I. per quas pers. 2, 9) und also nicht eigene Mittel besaß den Gläubiger zu befriedigen. Hatte er für den Vater gehandelt, so war dieser nicht ohne Weiteres verpflichtet (l. 6. 12 C. quod cum eo, qui in al. pot. 4, 26); auch haftete der Sohn nicht, da er nicht für sich contrahirt hatte (l. 4 C. eod.), und konnte ebensowenig dem Contrahenten eine actio negotiorum gestorum contraria abtreten, weil ihm während der väterlichen Gewalt jede Klage gegen den Vater versagt war (l. 7 D. de obl. et act. 44, 7). Dieser Rechtszustand war offenbar mangelhaft; zur Abhülfe schuf man ein besonderes Institut: die actio de in rem verso. Der Contrahent erhielt die regelmäßige Klage aus dem mit dem Sohne geschlossenen Geschäfte gegen den Vater, soweit diesem durch das Geschäft ein Vortheil zugegangen war (l. 1 pr. D. de in rem verso 15, 3). Sofern sich hienach die actio de in rem verso der Klage aus dem Contracte anschloß und beispielsweise als actio venditi de in rem verso, actio emti de in rem verso individualisirte, gehörte sie zu den s. g. actiones adjectitiae qualitatis.

Dieselben Voraussetzungen und dieselbe Gestalt hat die Version oder nützliche Verwendung im preußischen Rechte. Sie geht hier gegen den Vater aus den Rechtshandlungen des unter seiner Gewalt stehenden Kindes, ohne Unterschied, ob dasselbe für sich oder im Namen des Vaters contrahirt hat, und ist den deutschrechtlichen Eheverhältnissen gemäß auf solche Geschäfte übertragen worden, welche eine Ehefrau während der Ehe ohne Genehmigung ihres Mannes abschließt. Der Kläger hat seine Leistung und die Verwendung derselben in den Nutzen des Verklagten nachzuweisen. Es sind darüber folgende Vorschriften gegeben:

1. Was der Vater oder Ehemann vermittelst des von dem Sohne oder der Frau eingegangenen Rechtsgeschäfts an Gelde oder

Digitized by Google

Geldeswerth übernommen hat, wird ohne ferneren Beweis für nützlich verwendet erachtet (§ 265 Tit. 13 Th. I A. L. R.). Ist das Uebernommene durch Zufall verloren gegangen, ehe der Vater oder Ehemann davon wirklich Nutzen gezogen hat, so ist keine Verbindlichkeit zum Ersatze vorhanden (§ 266 das.).

2. Für nützlich verwendet gilt das, womit nöthige oder nützliche Ausgaben für den Vater oder Ehemann bestritten werden. Nothwendig sind solche Ausgaben:

   a. zu welchen Jemand durch das Gesetz verpflichtet wird,

   b. welche nicht ohne Gefahr eines größeren Uebels vermieden werden können;

   nützlich solche, wodurch der Werth einer Sache oder sonst die Vermögensumstände eines Menschen wirklich verbessert werden. Zu ersteren gehören: ad a die Schulden, welche die Ehefrau in Abwesenheit des Mannes macht, um sich und ihre Kinder zu alimentiren, ad b die Kosten, welche der Sohn zur Herstellung des seinem Vater gehörigen baufälligen Hauses verwendet; zu letzteren: die Darlehne, welche der Sohn oder die Frau aufnimmt, um die Gläubiger des Vaters oder Mannes zu befriedigen (§§ 268—270, 272 das.).

   In Betreff des außerhalb des väterlichen Hauses lebenden Kindes ist bestimmt, daß der Vater nur für das zu haften hat, was dem Kinde zu den nothwendigsten und dringendsten Bedürfnissen gegeben worden, bei anderen Bedürfnissen aber derselbe bloß in dem Falle verpflichtet wird, wenn das Kind keine Gelegenheit gehabt hat, die nöthige Unterstützung von ihm selbst zu erhalten (§§ 129, 130 Tit. 2, Theil 2 A. L. R., Entscheid. Bd. 18 S. 285).

Mittelst der nützlichen Verwendung wird die Schuld verbindlich (§§ 324, 328 Tit. 1, Th. 2, A. L. R.); es wird also das Geschäft aufrecht erhalten, und der Vater oder Ehemann tritt in alle Verbindlichkeiten ein, welche das Geschäft seiner gesetzlichen Natur nach, oder der Abrede gemäß mit sich führt. Dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß der Verklagte sich der contractlichen Leistung soweit entziehen kann, als er bei dem Geschäfte übervortheilt ist.

l. 12 D. de in rem verso 15, 3: Si fundum patri dominove emit servus vel filiusfamilias, versum quidem esse videtur, ita tamen, ut sive minoris sit, quam est emtus, tantum videatur in rem versum, quanti dignus sit, sive pluris sit, non plus videatur in rem versum, quam emtus est.

Digitized by Google

II. Sonstige Fälle der nützlichen Verwendung.

Das Allg. Landrecht stellt in seinem System die nützliche Verwendung unter die Rechtsverhältnisse, welche auf den Erwerb von Sachen oder Rechten durch einen Dritten gerichtet sind (Tit. 13 Th. 1), und deutet dadurch an, daß es vorzugsweise die actio de in rem verso vor Augen hatte. Daraus folgt aber nicht, daß nach unserem Rechte zur nützlichen Verwendung überall drei Personen erforderlich sind, vielmehr werden außer der römischen Versionsklage 1) die Bereicherungsklage gegen handlungsunfähige Personen; 2) die condictiones sine causa, soweit sie nicht besonderen Bestimmungen (§§ 156 sq. Tit. 5, §§ 28—32 Tit. 15, § 125 Tit. 16, § 254 Tit. 21 Th. 1 A. L. R.) unterliegen, als Rechte aus der Version behandelt.

Im römischen Rechte wurde der Pupill aus dem ohne auctoritas tutoris geschlossenen Geschäfte in id, quod factus est locupletior, obligirt (l. 3 § 4, l. 6 pr. D. de neg. gest. 3, 5). Nach dem Allgem. Landrechte gilt dieser Verpflichtungsgrund für alle absolut oder relativ Unfähige; in den einzelnen Anwendungen ist ausdrücklich gesagt, daß die Verhaftung auf nützlicher Verwendung beruhe. So haften:

1. Officiere wegen nicht consentirter Darlehnsschulden (§ 690 Tit. 11 Th. 1 A. L. R.), und überhaupt Personen, welche Darlehne aufzunehmen unfähig sind, für die ihnen gegebenen Vorschüsse (§ 708 das.);
2. Ehefrauen für Schulden, welche der Mann nicht genehmigt hat (§ 334, Tit. 1, Th. 2 A. L. R.);
3. Kinder unter väterlicher Gewalt aus Geschäften, durch welche weder sie selbst noch der Vater rechtlich verpflichtet werden können (§ 133 Tit. 2, Th. 2 A. L. R.);
4. Kirchen für die ohne Bewilligung des Patrons oder Kirchencollegiums und ohne Genehmigung der geistlichen Oberen aufgenommenen Capitalien (§ 646 Tit. 11, Th. 2 A. L. R.);

soweit als eine nützliche Verwendung vorliegt. Daß in l. 3 pr. D. commodati 13, 6. l. 1 § 15 D. depos. 16, 3 die Klage gegen den Pupill utilis actio genannt, und also dem Kläger die dem Geschäfte eigenthümliche Klage gegeben wird, hat für uns keine Bedeutung; denn der fähige Contrahent ist ebensowenig als der Pupill an das Geschäft gebunden, sobald der Vormund seine Mißbilligung erklärt hat, oder der Aufforderung, sich zu erklären, innerhalb der gestellten Frist nicht nachgekommen ist (§ 13, Tit. 5 Th. 1 A. L. R.).

Digitized by Google

Die Condictionen, welche hierher gehören, sind die Rückforderungs- und Entschädigungsansprüche aus Geschäften, welche

1. wegen eines materiellen Mangels von vornherein ungültig gewesen, z. B. wegen Mangels des Consenses, wegen Irrthums, wegen Betrugs, sofern der Betrogene auf Kosten des Betrügers bereichert ist (§ 356, Tit. 5, Th. I A. L. R.), wegen Mangels der Preisabrede bei Kauf oder Uebernahme zur Pachtnutzung, wenn die verkaufte Sache dem Käufer schon vorher gehört hat, wenn das Grundstück des Pflegebefohlenen ohne Subhastation veräußert worden ist (§§ 585, 589 Tit. 18, Th. 2 A. L. R.), oder
2. nach Erfüllung seitens des einen Theils sich aufgelöst haben, weil die Gegenleistung des anderen nicht zu erzwingen war, z. B. wenn die Erfüllung durch Zufall unmöglich geworden (§ 368 Tit. 5 Th. I A. L. R.), wenn die wechselmäßige Verbindlichkeit des Ausstellers oder des Acceptanten durch Verjährung oder dadurch, daß die zur Erhaltung des Wechselrechts gesetzlich vorgeschriebene Handlungen verabsäumt worden, erloschen ist (Art. 83 Wechs. Ord.)

Alle diese Klagen haben zur Voraussetzung, daß der Verklagte bereichert worden (locupletior factus est l. 34 pr. D. de minor. 4, 4 l. 23 D. de reb. cred. 12, 1), und zwar aus einem Grunde, welchem die beabsichtigte rechtliche Wirkung versagt ist. — Die Verpflichtung hat also dieselbe Quelle, aus welcher die Haftungsverbindlichkeit des Pupillen fließt und führt zur Theorie der nützlichen Verwendung, ohne daß es einer ausdrücklichen Hinweisung im Gesetzbuche bedarf (Entsch. 16 S. 174).

Hervorzuheben ist der Fall der condictio sine causa, wo jemand aus dem in seinem Namen von einem Anderen geschlossenen Geschäfte bereichert ist, ohne daß dem Dritten die Contractsklage zusteht, also wenn der Repräsentant ohne Auftrag gehandelt oder die Vollmacht überschritten hat. Der Dritte wollte hier nicht die Mittelsperson, sondern den Dominus als Schuldner haben; versagt letzterer seine Zustimmung, so ist das Geschäft wegen materiellen Mangels ungültig, und dem Dritten die condictio gestattet.

Dagegen ist es der abstracten Färbung des Abschnitts III Tit. 13 Th. 1 A. L. R. ungeachtet nicht zulässig die Versionsklage auf solche Fälle auszudehnen, wo jemandem aus dem Contracte eines Anderen, ohne daß dieser als Stellvertreter gehandelt hat, ein Vermögensvortheil zugegangen ist. Wir nehmen beispielsweise an, daß A für sich ein

Digitized by Google

Kleid von B auf Credit entnommen und dasselbe dem C für einen den Werth nicht erreichenden Preis überlassen oder umgekehrt von B Geld geborgt und damit von C eine Sache über den Werth gekauft, oder A bei B Speisen bestellt und nachdem diese aufgetragen, damit den C tractirt hat. Ist A nicht im Stande den B zu befriedigen, so kann dieser nicht gegen C aus der Version klagen. Denn eine utilis actio de in rem verso ist nicht möglich, weil das Repräsentationsverhältniß fehlt. Ebenso wenig eine condictio sine causa. Ist nämlich C ex justa causa bereichert, so hat er überhaupt nicht zu restituiren. Besitzt er den Vortheil sine causa, so unterliegt er zwar der condictio, diese steht aber nicht dem B, sondern nur dem A zu, weil, bevor dem C die Sache zuging, A dieselbe für sich erworben hatte, und also der Vortheil aus dem Vermögen nicht des B, sondern des A an C gekommen ist.

Die Klage aus der nützlichen Verwendung geht auf Restitution der Sache und wenn diese nicht mehr vorhanden ist, Vergütung des Werths so weit derselbe in den Nutzen des Verklagten verwendet ist (§§ 262—264 Tit. 13 Th. I A. L. R.). Die Frage nach dem Beweise führt uns auf die unter I dargestellte Gliederung zurück. Was jemand, der über sein Vermögen frei verfügen kann, an Geld oder Geldeswerth übernommen hat, ist ohne ferneren Beweis für nützlich verwendet zu erachten (§ 265 das.). Der Verklagte wird aber durch den Nachweis befreit, daß das Uebernommene durch Zufall verloren gegangen ist, ehe er davon wirklich Nutzen gezogen (§ 266 das.). Hat der angebliche Vertat die Sache nicht selbst übernommen, oder ist er eine handlungsunfähige Person, so muß, wenn für die nicht mehr vorhandene Sache Ersatz gefordert wird, die wirklich geschehene Verwendung dargethan werden (§ 267 das.). Dem besonderen Requisite der wirklichen Verwendung wird durch den Beweis, daß mit dem Gegebenen nöthige oder nützliche Ausgaben bestritten sind, genügt; man kommt dabei meist auf den § 272 das., welcher lautet:

> „Was den Werth einer Sache oder sonst die Vermögensumstände eines Menschen wirklich verbessert, ist demselben nützlich."

und sieht ein, daß sich die Definitionen des Allg. Landrechts im Kreise bewegen, und in praktischen Fällen hauptsächlich das richterliche Ermessen entscheidet. Ausgaben, welche nicht ohne Gefahr eines größeren Uebels vermieden werden können, gelten, wenn sie für einen Unfähigen gemacht werden, nur in dem Falle für nützlich verwendet, wo die Gefahr so dringend war, daß der Unfähige nicht Zeit hatte, den Consens desjenigen, unter dessen Aufsicht er steht, zu beschaffen. Anwendungen dieses Satzes sind in §§ 690, 691 und 708 Tit. 11 Th. I A. L. R.

III. Rückblick auf den Abschnitt 3 Tit. 13 Th. I A. L. R.

Wenn gleich der Abschnitt 3 Tit. 13 Th. I A. L. R. den Sitz der Lehre von der nützlichen Verwendung bildet, so haben wir doch, wie schon gezeigt worden, die positiven Bedingungen, unter welchen die nützliche Verwendung eine Obligation erzeugt, anderswo zu suchen. Wir finden in jenem Abschnitte unter der Rubrik „Grundsätze" (§§ 262—264) den Gegenstand der Versionsklage, unter: „Was nützliche Verwendungen sind" (§§ 265—272) den Beweis behandelt, und endlich in den §§ 273—280, welche das Marginal: „Rechte, welche aus der nützlichen Verwendung entstehen," haben, einzelne Fälle aufgeführt, in welchen die Versionsklage unbedingt oder mit Modificationen ausgeschlossen ist. Die Fälle der ersteren Art sind:

1. wenn unter den Parteien ein rechtlicher Vertrag vorhanden ist (§ 277);
2. wenn die Bereicherung die Folge eines der Form nach mangelhaften Vertrags gewesen (§ 278);
3. wenn jemand aus dem Vermögen eines Anderen etwas an Gelde oder Geldeswerth durch Betrug an sich gebracht hat (§ 279);
4. wenn eine Schenkung erweislich ist (§ 280).

Es ist nicht zweifelhaft, daß durch diese Specialitäten die Grenzen der Versionstheorie nur stückweise bestimmt werden; denn dieselbe ist offenbar auch da ausgeschlossen, wo gewisse Quasicontracte wie negotiorum gestio und Erbschaftsantritt, ferner Ehe oder andere Delicte außer Betrug den Grund der Vermögensveränderung abgeben.

Eine der Natur der Sache entsprechende Vorschrift ist, daß die Obligation aus der nützlichen Verwendung sich auf den Singularsuccessor des Vertaten nicht erstreckt (§ 275). Davon gilt die Ausnahme, daß, wenn der Vertat die verbesserte Sache unentgeltlich an einen Dritten veräußert, dieser dem Vertenten soweit haftet, als der Vortheil noch wirklich vorhanden ist (§ 276). Das Gesetzbuch gewährt hiedurch für den Fall, daß ein Unfähiger Vertat ist, eine nothwendige Hülfe, weil der Unfähige nur soweit haftet, als er sich zur Zeit der Klage im Besitze des Vortheils befindet, und also durch die unentgeltliche Entäußerung befreit wird (§ 274).

Digitized by Google

Rechtsfälle.

Nr. 22.

Ein Beitrag zur Lehre von dem Hypothekenrecht, insbesondere zu der Frage: wie ist die im § 441 I. 20 A. L. R. erwähnte Verringerung der Substanz zu verstehen?

Rechtsfall,

eingesandt und besprochen von dem Kreisrichter D. zu D.

Auf dem Mühlengrundstücke des B. zu O. sind für den Kolon H. zu D. 1400 Thlr. hypothekarisch eingetragen. Zu diesem Grundstücke gehörte ein schon zur Zeit der Eintragung vorhandener und auch im Hypothekenbuche vermerkter Schoppen. Diesen Schoppen verkaufte der Besitzer B. Anfangs März 1860 für 225 Thlr. an den Oekonomen T. zu H., der ihn abbrechen, das Material bis zum 14. desselben Monats von dem Grundstücke wegschaffen und den Schoppen auf seinem Gehöfte zu H. wieder aufrichten ließ.

Der Gläubiger H. erachtete dadurch seine Sicherheit für geschmälert und extrahirte eine Arrestverfügung, mittelst welcher dem B. die Wegschaffung des Schoppenmaterials gerichtlich verboten wurde. Die Insinuation dieser Verfügung an B. erfolgte am 14. März 1860. Der Gläubiger H. behauptete aber, der Käufer T. habe schon vor der Entfernung des Materials Kenntniß von jenem Verbote gehabt; er sah deßhalb sein Pfandrecht als fortbestehend an und verlangte im Wege der Klage, daß T. das Material des Schoppens zu dem Mühlengrundstücke an Ort und Stelle zurückschaffe.

Der Verkl. T. bat um Abweisung des Klägers, indem er bestritt, Kenntniß von jenem Verbote gehabt zu haben.

Nach einer weitläufigen Beweisaufnahme über die Frage, ob Verkl. vor der Entfernung des Materials das fragl. Verbot gekannt habe, zu welchem Behufe eine Menge Zeugen vernommen wurden, sprach sich denn auch die K. Kr.-Ger.-Deputation zu W. durch Erkenntniß vom 30. März 1861 für die Abweisung des Klägers aus.

Das Gericht nahm nach dem Resultate der Beweisaufnahme an, der Verkl. habe das gerichtliche Verbot vor der Wegschaffung des Materials nicht gekannt; es sei ihm ebendeßhalb aber auch das Pfandrecht

Digitized by Google

des Klägers nicht bekannt gewesen. In einem solchen Falle höre das dingliche Recht auf die mit dem verpfändeten Grundstücke verbundenen Gebäulichkeiten durch deren besondere Veräußerung und Trennung von demselben auf, indem die nun wieder zu beweglichen selbständigen Dingen gewordenen Gegenstände aufgehört hätten, ein Zubehör oder Theil des verpfändeten Gutes zu sein.

Auf die Appellation des Klägers änderte das App.-Gericht zu P. jenes Erkenntniß ab und erkannte unterm 20. September 1861 nach dem Klageantrage.

Der zweite Richter war der Ansicht, daß der fragliche Schoppen eine unbewegliche Sache sei, und daher das dingliche Recht des Klägers an demselben trotz dessen Trennung von dem verpfändeten Grundstücke fortbestehe; daß dieses Recht auch das Abruchs-Material tangire, und daß Verkl. mit Rücksicht auf die §§ 492 u. 493 I, 20 A. L. R. sich mit dem Einwande, er sei redlicher Besitzer und ihm von dem Anspruche nichts bekannt gewesen, nicht schützen könne.

Gegen diese Entscheidung erhob Verkl. die Nichtigkeitsbeschwerde. Das K. Ober-Tribunal hat dieselbe für begründet angesehen und unter Vernichtung des Erkenntnisses II. Instanz die Entscheidung des ersten Richters in der Sitzung vom 14. Febr. 1862 wiederhergestellt.

Zu diesem Resultate gelangt das O.-T. nicht etwa durch Annahme der Gründe erster Instanz, wie bei einer näheren Prüfung derselben begreiflich erscheint; es gelangt dazu durch eine Rechtsausführung, die sich weniger unjuristisch ausnimmt, als die des ersten Richters, die aber in der Wirklichkeit die Sicherheit unseres Pfandrechts einer großen Gefahr Preis gibt. Dieser Umstand veranlaßt uns, die Gründe des O.-T., so weit es unser Zweck erheischt, in extenso mitzutheilen; sie lauten, wie folgt:

„Nach § 471 I, 20 A. L. R. begreift die auf ein Grundstück bestellte Hypothek alle darauf befindliche, selbst die nach der Eintragung neu errichteten Gebäude unter sich. Die aufstehenden Gebäude machen, indem durch Errichtung derselben auf dem Grund und Boden eine Veränderung vorgenommen ist, einen Theil der Substanz aus. Wie durch ihre Errichtung die Substanz des Grundstückes verbessert wird, so wird sie durch Wegnahme wieder verringert. Durch solche und andere Verringerungen der Substanz die Sicherheit des Hypothekengläubigers zu schmälern, ist an sich der Eigenthümer durch die auf dem Grundstücke haftende Hypothek nicht gehindert und nach § 441 u. 442 ebenda der Hypothekengläubiger nur berechtigt, wegen erheblicher Verringerungen seine Befriedigung noch vor der Verfallzeit zu fordern oder darauf

anzutragen, daß dem Besitzer in seinen nachtheiligen Dispositionen Schranken gesetzt werden. Hiernach konnte im vorliegenden Falle der Müller B. als Eigenthümer des dem Kläger zur Hypothek stehenden Mühlengrundstückes den darauf befindlichen Schoppen vor dem 14. März 1860, an welchem Tage ihm die nun vom Kläger nach § 442 extrahirte, jede Verfügung über den Schoppen untersagende gerichtliche Verfügung vom 14. März insinuirt wurde, abbrechen und die abgebrochenen Materialien wegschaffen. War dies vor dem 14. März geschehen, so konnte von einer Hypothek des Klägers an einem nicht mehr auf dem Grundstücke befindlichen Schoppen, obwohl er so lange er auf dem Mühlengrundstücke befindlich war, mit zur Hypothek haftete, nicht mehr die Rede sein, und daher auch nicht an den weggeschafften Materialien desselben. Wozu der Eigenthümer selbst befähigt war, dazu war auch der Verkl., dem der B. den aufstehenden Schoppen verkauft hatte, befähigt, obwohl der von ihm erkaufte Schoppen, so lange er auf dem Mühlengrundstücke stand, der Hypothek des Klägers mit unterworfen war. Nicht durch den Ankauf desselben, sondern durch den Abbruch desselben und Wegschaffung der abgebrochenen Materialien vom Mühlengrundstücke hat der Verkl. an Stelle des Eigenthümers B. die Substanz des zur Hypothek haftenden Mühlengrundstückes verringert und dadurch die Sicherheit geschmälert, wozu er an Stelle des Eigenthümers B. berechtigt war. Die abgebrochenen und weggeschafften Materialien haften der Hypothek nicht mehr. Der App.-Richter, welcher annimmt, daß auf dieselben die Hypothek noch geltend gemacht werden könne, hat die angeführten §§ 441. 442. 471, sowie die §§ 443. 447. 492 u. 493, auf welche er sich bezieht, verletzt, sein Erkenntniß mußte daher vernichtet werden."

Indem nun der Richter dritter Instanz für erwiesen erachtet, daß die Arrestverfügung an B. diesem erst am 14. März behändigt, und der Schoppen vor diesem Tage weggeschafft sei, kommt er zur Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses.

Der hier mitgetheilte Rechtsfall liefert einen, man darf sagen, traurigen Belag für die Zerfahrenheit unserer Praxis in einer Frage, von deren richtiger Beantwortung die ganze Sicherheit des Pfand- und Hypothekenwesens abhängt.

Ehe wir zur Prüfung der einzelnen Entscheidungen übergehen, wollen wir uns noch eine Bemerkung gestatten. Die Klage ist nämlich im Allgemeinen zwar auf das Hypothekenrecht gegründet, ihr näheres Fundament wird aber durch den Umstand gebildet, daß Kläger die erwähnte Arrestverfügung extrahirt hat, Verkl. schon vor Wegschaffung des

Digitized by Google

Schoppens Kenntniß von der Verfügung gehabt haben soll und dadurch das Hypothekenrecht gewahrt sei. Kläger scheint hiernach bei Anstellung der Klage selbst der Ansicht gewesen zu sein, daß sein Hypothekenrecht nur durch die Arrestverfügung und deren Kenntniß erhalten worden, hiervon abgesehen aber im vorliegenden Falle verloren gegangen sei. Insofern nun der Richter an den Vortrag der Parteien gebunden ist, könnte man sagen, die Entscheidung des ersten und dritten Richters sei, wenn auch nicht dem Antrage, doch dem Vortrage des Klägers ganz gemäß. Allein dieses Gebundensein des erkennenden Richters bezieht sich bekanntlich nur auf die von den Parteien vorgebrachten Thatsachen, nicht auf ihre rechtlichen Anschauungen. Die Gründe des O.-T. bewegen sich denn auch in voller Unabhängigkeit von den Rechtsansichten der Parteien, indem sie nur das Hypothekenrecht als das eigentliche Klagefundament in's Auge fassen.

Nach dieser Vorbemerkung wollen wir nun die Erkenntnisse der verschiedenen Instanzen einer kurzen Prüfung unterwerfen.

Der erste Richter läßt das Hypothekenrecht an einem Gebäude aufhören, wenn dasselbe veräußert und vom Grund und Boden getrennt wird. Es werde, meint er, dadurch zu einem beweglichen selbständigen Dinge und höre dann auf, ein Zubehör oder Theil des verpfändeten Gutes zu sein.

Einmal setzt hier der erste Richter an die Stelle des Grundstückes, auf dem der Schoppen sich befand, ein Gut, worunter ein Inbegriff von mehreren Sachen verstanden wird. Indem er sonach als den eigentlichen Gegenstand der Verpfändung nicht eine einzelne Sache, das Grundstück, sondern einen Complex von mehreren Sachen ansieht, hat er den richtigen Gesichtspunkt der Beurtheilung verschoben. Diese Verwechselung scheint auch nicht ohne Einfluß geblieben zu sein; denn, wie weiter unten gezeigt werden wird, hat dem ersten Richter bei seiner Entscheidung der § 445 a. a. O. vorgeschwebt, und es ist gerade jene Verwechselung, welcher die Herbeiziehung dieses durchaus unpassenden § imputirt werden muß.

Sodann fällt es auf, daß der erste Richter sich nicht klar darüber ausspricht, ob er ein Gebäude als Zubehör eines Grundstückes, oder als zur Substanz desselben gehörig ansieht; wenn anders er den Ausdruck „Theil," wie doch zu vermuthen ist, auf die Substanz bezogen hat. Und doch wäre es wünschenswerth, ja sogar nothwendig gewesen, diese juristische Seite eines Gebäudes zu untersuchen und aufzudecken, weil, je nachdem ein Gebäude in die eine oder andere Kategorie gebracht wird, auch verschiedene Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen.

Digitized by Google

Stellen wir nun nachträglich diese Untersuchung an, so finden wir, daß Gebäude, die zu einer festen Verbindung mit dem Boden, auf dem sie stehen, bestimmt sind, nie ein Pertinenzstück des Bodens sein können. Der Grund hiervon ist, weil sie für sich, d. h. ohne den Boden nicht bestehen können, ihnen also die Möglichkeit fehlt, eine für sich bestehende selbständige Sache zu sein: eine Eigenschaft, welche der § 42 I, 2 A. L. R. als ein Erforderniß eines Pertinenzstückes aufstellt.

Gebäude sind vielmehr integrirende Bestandtheile des Grund und Bodens, mit dem sie in eine feste und dauernde Verbindung gebracht sind, indem sie Erweiterungen des Bodens bilden. Omne quod inaedificatur, solo cedit, ist der Grundsatz, der nicht nur im R. R., sondern auch im A. L. R. seine Geltung hat.*) In dem Titel von dem Rechte des Unterpfands (I, 20) handelt das A. L. R. die Gebäude bei den Vorschriften über An- und Zuwüchse ab, dadurch zur Genüge bekundend, daß es die Gebäude nicht zu den Pertinenzen, sondern zur Substanz rechnet. Jedes Gebäude, das nicht etwa, wie z. B. eine Bude, zur Transportirung von einem Grundstücke auf das andere bestimmt ist, nimmt die Natur des Grund und Bodens an, auf dem es steht; es geht in diesem auf (solo cedit); es ist ein Theil der Substanz, wie auch das O.-T. in dem vorliegenden Falle annimmt.

Ist aber ein Gebäude Theil der Substanz des Grund und Bodens, so ist es auch gleich diesem eine unbewegliche Sache, und auch in diesem Punkte begegnen wir einer Anschauung des Richters, die wir ebenfalls nicht theilen können.

Er stellt nämlich die Behauptung auf, durch Veräußerung und Trennung eines Gebäudes von dem Grund und Boden werde es zu einer beweglichen selbständigen Sache. Der App.-Richter meint, der Vorderrichter habe bei seiner Entscheidung den § 445 I, 20 A. L. R. im Auge gehabt, welcher bestimmt, daß die dingliche Verpflichtung der beweglichen Pertinenzstücke auf dritte Besitzer nicht mit übergehe, sofern sie in der Zwischenzeit von der Eintragung bis zur Vollstreckung der richterlichen Execution von der Hauptsache getrennt werden. Wir glauben dem ersten Richter nicht Unrecht zu thun, wenn wir die Meinung des App.-Richters theilen. Hat jener aber seiner Entscheidung den § 445 l. c. zu Grunde gelegt, so hat er sich auch zu der Voraussetzung dieses § verstanden. Diese Voraussetzung ist nun keine andere, als daß es sich um bewegliche Pertinenzen handelt; und somit drängt sich die Vermuthung,

---

*) Vergl. Jahrgang I, S. 129 dieser „Beiträge."


Digitized by Google

ja man kann sagen, Gewißheit auf, daß der erste Richter ein Gebäude, im gegenwärtigen Falle den Schoppen, in dem Lichte eines beweglichen Pertinenzstückes gesehen habe.

Es leuchtet ein, daß diese Ansicht ein wahrer Antipode der von uns aufgestellten Ansicht ist. Um den Gegensatz etwas zu mildern, mag angenommen werden, der erste Richter habe den Schoppen, wenigstens so lange er auf dem Mühlengrundstücke stand, als ein unbewegliches Pertinenzstück betrachtet und die Beweglichkeit erst von dem Augenblicke datirt, wo er veräußert und von dem Grundstücke getrennt wurde. Für diese Annahme läßt sich der Umstand anführen, daß der Schoppen erst durch die Veräußerung und Trennung eine bewegliche Sache geworden sein soll.

Wie indeß ein Gebäude, das seiner Natur und Bestimmung nach die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache hat, durch Veräußerung und Trennung zu einem beweglichen Gegenstande und noch obendrein zu einem selbständigen werden kann, vermögen wir vom juristischen Standpunkte aus nicht recht zu begreifen. Es scheinen uns hier die natürlichen Eigenschaften einer Sache mit ihren juristischen Seiten vermengt und verwechselt. Allerdings kann ein Gebäude abgebrochen werden und das Material dadurch die Eigenschaft einer beweglichen Sache erlangen; aber so lange dem abgebrochenen Material nicht zugleich die Bestimmung entzogen wird, als Gebäude zu dienen, so lange ist dasselbe nur eine physisch bewegliche Sache. So lange dagegen jene Bestimmung dauert, bleibt auch das Material, trotz des Abbruchs, juristisch eine unbewegliche Sache. Denn bei Sachen, die nicht, wie der Grund und Boden, an sich schon zu den unbeweglichen Sachen gerechnet werden, die vielmehr, an sich beweglich, erst dadurch unbeweglich werden, daß sie zu einer dauernden Verbindung mit dem Grund und Boden bestimmt und in eine solche gebracht werden, bei solchen Sachen ist diese Bestimmung ein Factor, aus dem ihre Unbeweglichkeit mit entspringt und der diesen ihren Character conservirt. Einen weiteren conservirenden Einfluß üben dingliche Rechte, z. B. das Hypothekenrecht, aus. Durch die Bestellung eines solchen wird die Unbeweglichkeit der verpfändeten Sache, man kann sagen, gleichsam besiegelt. Das Pfandrecht ergreift seinen Gegenstand mit allen ihm inne wohnenden natürlichen und juristischen Eigenschaften; es fixirt sie juristisch, so daß physische Veränderungen ohne alle Einwirkung sind.

Uebrigens spricht der § 445 von beweglichen Pertinenzstücken, die in der Zwischenzeit von der Eintragung bis zur Execution von der Hauptsache getrennt werden, die also schon vor der Trennung beweglich waren.

Digitized by Google

Von Pertinenzstücken, die früher unbeweglich waren und erst durch die Trennung beweglich werden, ist weder hier, noch sonst im A. L. R. die Rede.

Auch kommt es bei Anwendung des § 445 auf die Kenntniß oder Unkenntniß desjenigen, der ein bewegliches Pertinenzstück kauft, gar nicht an, in welchem Umstande gerade ein erheblicher Unterschied zwischen beweglichem und unbeweglichem Zubehör hervortritt. Die Befugniß des Eigenthümers, bewegliche Pertinenzstücke in der erwähnten Zwischenzeit von der Hauptsache zu trennen und zu veräußern, ist eine ganz unbeschränkte, sie ist ein Ausfluß der ihm zustehenden Verwaltung, die sonst einer ihr nachtheiligen Beschränkung unterworfen sein würde. Die auf diesem Wege herbeigeführte Schmälerung der Hypothek des Gläubigers wird dadurch ausgeglichen, daß die in der Zwischenzeit, im Laufe der Verwaltung, hinzugekommenen beweglichen Pertinenzen dem Hypotheken-Rechte wieder anheim fallen (§ 445 ebendas.). Es sind die Grundsätze von dem Inbegriffe einer Sache (§ 36 u. 37 I, 2 A. L. R.), welche hier ihre Anwendung gefunden haben, und ebendeßhalb ist die Kenntniß oder Unkenntniß des Erwerbers völlig gleichgültig. Das Hypothekenrecht, die dingliche Verpflichtung geht auf ihn nicht über und sie hört insofern auf.

Anders bei einem unbeweglichen Trennstücke, oder einer unbeweglichen Pertinenz. Hier steht jedem Erwerber die Vorschrift des § 19 I, 4 A. L. R. entgegen, wonach sich Niemand mit der Unwissenheit einer im Hypothekenbuche eingetragenen Verfügung entschuldigen kann: eine Vorschrift, die auf das Hypothekenrecht angewandt, im § 493 I, 20 dahin wiederholt wird, daß sich Niemand mit dem Vorwande, er sei redlicher Besitzer und ihm von dem Anspruche nichts bekannt, gegen einen im Hypothekenbuche eingetragenen Gläubiger schützen könne.

Hiernach hätte sich der erste Richter die Beweisaufnahme über die Kenntniß des Verkl. von der Existenz des klägerischen Pfandrechts sparen können. Am wenigsten bedurfte es eines Zeugenbeweises; denn sollte dem Verkl. jene Kenntniß erst durch die Arrestverfügung geworden sein, so hätte die Einsicht der Acten genügt, in welchen der Arrest verfügt ist. Richterliche Verfügungen erlangen ihre Wirksamkeit erst durch die Insinuation; bis dahin sind sie für das Publikum nicht vorhanden; eine jede ihrer Wirkungen kann daher auch nur von dem Augenblicke der Insinuation datiren und dieser Zeitpunkt wird durch das Insinuations-Document dargethan. Soll also Jemand durch einen Arrestschlag Kenntniß von einem bestehenden Rechtsverhältniß erlangen, so kann dieselbe nur mit jenem Zeitpunkte beginnen, resp. juristische Wirkungen äußern

Digitized by Google

So viel über die Gründe des ersten Erkenntnisses. Indem wir ihre Widerlegung versuchten, glauben wir uns der richtigen Entscheidung um einige Schritte genähert zu haben.

Was die Gründe des zweiten Erkenntnisses anlangt, so spricht sich der Appell.-Richter zwar auch nicht darüber aus, ob er den Schoppen zu den Pertinenzien oder zur Substanz des Grundstückes rechnet; er vertritt aber die Ansicht, daß der Schoppen jedenfalls eine unbewegliche Sache sei; daß das daran haftende Hypothekenrecht, trotz dessen Trennung von dem verpfändeten Grundstücke nicht aufgehoben werde und die Hypothekenlast auch das Abbruchs-Material ergreife; daß endlich Verkl. sich mit dem Einwande, er sei redlicher Besitzer, nicht schützen könne.

Erläutern wir diese Principien mit dem Zusatze, daß der zweite Richter den Schoppen als einen Theil der Substanz des Grundstückes angesehen hat: eine Erläuterung, welche die Folgerungen desselben an die Hand geben; so können wir nur seinen Ansichten und der darauf gegründeten Verurtheilung des Verkl. nach dem Klageantrage beipflichten.

Daß ein Gebäude, im vorliegenden Falle der Schoppen, zu den unbeweglichen Sachen gehört und mit dem Grundstücke, auf dem es steht, nur eine Substanz ausmacht, ist oben ausgeführt; daß durch eine Trennung der Substanz das Hypothekenrecht nicht aufgehoben werde, liegt in seiner Natur als dinglichen Rechts, auch läßt der § 468 I, 20 l. c. darüber nicht den geringsten Zweifel; daß dem Verkl. die bona fides nicht zur Seite steht, ergibt der § 493 ebendas. Ebenso hat es mit der Behauptung, daß das Hypothekenrecht auch das Abbruchs-Material tangire, seine volle Richtigkeit. Um dies näher darzulegen, mögen hier einige Bemerkungen über die Natur der Sachen und ihrer Theile eine Stelle finden.

An jeder Sache lassen sich Theile unterscheiden. Diese Theile können körperliche und intellectuelle sein. Die **körperlichen** Theile, welche für sich und getrennt gedacht, selbst Sachen sind, können in einem dreifachen Verhältnisse zum Ganzen stehen: a) körperlich getrennt und als Theile nur gedacht; b) körperlich, aber nicht wesentlich mit dem Ganzen zusammenhängend, so daß sie ohne Veränderung ihres Wesens getrennt und auch während der factischen Verbindung rechtlich als selbständig behandelt werden können (z. B. einzelne Stellen eines Grundstückes, Steine eines Gebäudes); c) körperlich und wesentlich zusammenhängend, integrirende Theile, welche nicht ohne wesentliche Veränderung ihrer Natur getrennt und daher auch während der Verbindung nicht als selbständige Sachen behandelt werden können (z. B. die Glieder eines Organismus).

Puchta, Pandecten § 37.

Digitized by Google

Im Gegensatze zu den Theilen wird die Sache selbst, das Ganze, universitas genannt. Insbesondere tritt dieser Gegensatz bei den sub a und b bemerkten Theilen hervor. Die ad a bezeichneten Theile werden als universitas rerum distantium, die ad b bezeichneten als universitas rerum cohaerentium begriffen. Bei jenen ist das Ganze ein unkörperliches; es wird nur gedacht und entsteht dadurch, daß die körperlich getrennten Sachen durch eine gemeinsame Bestimmung, der sie unterworfen sind, verbunden werden. Bei diesen, der universitas rerum cohaerentium, ist sowohl das Ganze, als auch die Theile ein körperliches. Eine solche universitas ist namentlich ein Gebäude, in Bezug auf welches in l. 7 § 11 D. 41, 1 der Ausdruck: universitas aedificii und im Gegensatze dazu singulae res ex quibus (universitas) constat, vorkommt.

Allgemeine Regel ist nun, daß das Eigenthum und nicht minder auch das Pfandrecht sowohl an der universitas, dem Ganzen, als auch an den einzelnen Theilen besteht. Rücksichtlich der universitas rerum cohaerentium und vollends rücksichtlich der, bei welcher die Theile integrirende sind (sub c), ist dieser Grundsatz nie in Zweifel gezogen. Nur bei der universitas rerum distantium ist es gemeinrechtlich controvers, ob die einzelnen Stücke bei einem das Ganze betreffenden Rechtsverhältnisse auch in Betracht kommen. Das Richtige ist, daß auch hier die Theile von dem Rechtsverhältnisse ergriffen werden, dessen Gegenstand die universitas ist.

Puchta, Instit. § 222 Note 1.

Im Pr. R. fällt die universitas rerum distantium unter das Institut eines Inbegriffs von Sachen und Rechten. Bei einem solchen Inbegriff nehmen die darunter begriffenen und demselben in der Folge zuwachsenden oder einverleibten Stücke an den Befugnissen und Lasten, die das Ganze betreffen, Theil. Dagegen hört diese Theilnahme auf, sobald ein einzelnes Stück im ordentlichen Laufe der Natur oder der Geschäfte von dem Ganzen abgesondert wird.

§ 36 u. 37 I, 2 A. L. R.

Insofern weicht das Pr. R. von dem G. R. etwas ab; nur bei der Verpfändung eines Waarenlagers macht das G. R. eine Ausnahme von seinem Grundsatze,

Puchta, Pandecten § 203 Note d.

und sind beide Rechtssysteme in diesem Punkte übereinstimmend.

Was dagegen die universitas rerum cohaerentium betrifft, so hat der Grundsatz, daß das Pfandrecht sich auch auf die einzelnen Theile erstreckt, auch im Pr. R. seine volle Gültigkeit. Dieser Grundsatz liegt in der Natur der Sache; das Gegentheil liefe auf eine Absurdität hinaus.

Digitized by Google

Denn im Grunde besteht doch jedes körperliche Ganze aus körperlichen Theilen; letztere in ihrer Totalität bilden das Ganze und indem man die Theile dem Rechtsverhältnisse entzieht, ist auch das Ganze als Gegenstand des Rechtsverhältnisses in ein reines Nichts aufgelöst.

Alles dieses gilt in noch höherem Grade von den Theilen, die man als wesentliche, integrirende Theile einer Sache bezeichnet.

Mag man nun die res singulae ex quibus aedificium constat als res cohaerentes oder als integrirende Theile des Gebäudes auffassen; so viel ist außer Zweifel, daß das an einem Gebäude haftende Hypothekenrecht jeden einzelnen Theil des Gebäudes, jede einzelne Sache, aus denen es besteht, ergreift. Das Hypothekenrecht haftet daher auch an dem Material, wenn das Gebäude abgebrochen wird. Niemand wird bestreiten, daß der Hypothekengläubiger sich an das Material halten kann, das der Besitzer aus dem Abbruch eines der Hypothek unterworfenen Gebäudes gewonnen und noch in seinem Besitze hat. Der Besitzer hat mit dem Gegenstande der Hypothek nur eine Veränderung der Substanz vorgenommen, wodurch das Recht des Hypothekengläubigers nicht geändert wird.

§ 469 I, 20 A. L. R.

Haftet aber das Hypothekenrecht an dem abgebrochenen und noch im Besitze des Eigenthümers befindlichen Materiale, so geht es im Falle der Veräußerung des Materials auch auf den Erwerber über, da es kraft seiner dinglichen Natur durch die Veräußerung nicht aufgehoben wird.

Mit dieser Deduction glauben wir zugleich einer Auffassung begegnen zu können, die man wohl hier und da antrifft.

Man unterscheidet nämlich, ob ein Gebäude als solches, in seiner Integrität, veräußert wird, oder ob der Eigenthümer das Gebäude erst abbricht und dann das abgebrochene Material veräußert. In jenem Falle soll das auf dem Gebäude ruhende Hypothekenrecht auf den Erwerber mit übergehen; in diesem Falle und wenn der Erwerber in bona fide ist, soll dagegen das Hypothekenrecht aufhören. Es wird also angenommen, der Abbruch übe keinen Einfluß auf die Existenz des Hypothekenrechts, so lange das Abbruchs-Material im Besitze des Eigenthümers des Gebäudes bleibt, wohl aber zeige er sich, sobald eine Veräußerung, bei welcher der Erwerber in bona fide sei, hinzutrete.

Diese Annahme verstößt jedoch gegen den oben aufgestellten, unbestrittenen Grundsatz, daß ein dingliches Recht durch Veräußerung nicht aufgehoben wird. Auch die bona fides des Erwerbers vermag eine solche Wirkung nicht hervorzubringen. Höchstens kann es sich in einem solchen Falle fragen, ob der Eigenthümer des dinglichen Rechts zur

Digitized by Google

Erstattung dessen, was der Erwerber dafür gegeben, verpflichtet ist; herausgeben muß letzterer die erworbene Sache aber unbedingt.

Auch scheint obige Unterscheidung dem zu widersprechen, was wir früher von der Beweglichkeit und Unbeweglichkeit der Sachen gesagt haben. Muß angenommen werden, daß ein Gebäude, auch wenn es abgebrochen ist, noch immer juristisch eine unbewegliche Sache darstellt, so steht dem Erwerber eines solchen mit Hypothek belasteten Gebäudes offenbar der Glaube des Hypothekenbuchs entgegen. Will man aber auch, wie jene Meinung thut, dem abgebrochenen Material die Eigenschaft der Unbeweglichkeit abstreifen, es zu selbständigen beweglichen Dingen werden lassen, so sieht man doch nicht recht ein, weßhalb dem Erwerber die bona fides zur Seite stehen soll. Das Abbruchs-Material ist stets in seinem Ursprunge zu erkennen, man wird immer sagen können, es ist das Material eines Hauses; wie kommt man dazu, den Erwerber hier unter den Schutz der bona fides zu nehmen, während er bei dem Kaufe des Hauses in seiner zusammengesetzten Gestalt unredlicher Besitzer sein soll?

Die hier besprochene Auffassung scheint demnach unbegründet. Sie dürfte aus der wohl gemeinten Absicht hervorgegangen sein, den Erwerber im guten Glauben zu schützen. Allein da, wo der Erwerber einer dem Pfandrecht unterworfenen Sache wegen seiner bona fides in Schutz zu nehmen ist, wird ihm dieser nicht durch die Aufhebung des Pfandrechts, sondern durch die Erstattungs-Verbindlichkeit des Vindicanten gewährt. Die Aufhebung des Pfandrechts wäre eine Protection, die dem guten Glauben, einem dinglich Berechtigten gegenüber, nie und nimmer zukommen kann und darf, wofür sich aber auch im positiven Rechte, ein Paar Fälle ausgenommen (§ 42 u. 43 I, 15 A. L. R.), ganz und gar kein Anhalt findet.

Den von uns hier vertheidigten, in der Natur des Pfandrechts, wie in positiven Vorschriften gleichmäßig begründeten Principien ist nur die Entscheidung des Appel.-Richters gerecht geworden.

Von den Gründen des O.-T. kann nicht gesagt werden, daß sie jene Principien verneinen; gleichwohl gelangt dieser Gerichtshof zu einer entgegengesetzten Entscheidung. Es ist der § 441 I, 20 A. L. R., auf dem das O.-T. fußt, und der in seinen Augen allen jenen Grundsätzen ihre Kraft entzieht. Unsere Aufgabe wird es daher sein, zu untersuchen, ob dem citirten § eine solche Wirkung beigelegt werden kann.

Dem Hypothekengläubiger liegt in einem gewissen Umfange die Pflicht ob, bei dem Unvermögen des Eigenthümers für die Unterhaltung der verpfändeten Substanz zu sorgen. Es sind die § 440 l. c. u. 44 ff.

Digitized by Google

I, 8 A. L. R., welche sich mit dieser Verbindlichkeit befassen. Dieselbe ist, wie aus dem vorausgehenden § 38 I, 8 zu ersehen, auf den Fall beschränkt, wo der Eigenthümer die ihm obliegende Pflicht zur Unterhaltung dergestalt vernachlässigt, daß der Einsturz des ganzen, einer Hypothek unterworfenen Gebäudes zu besorgen steht. Das A. L. R. hat hier offenbar eine Verminderung der Substanz im Auge, die der nagende Zahn der Zeit oder Natur und die ihm gegenüber innegehaltene Passivität des Eigenthümers herbeigeführt hat: es ist die völlige Vernichtung der Substanz.

Nachdem das A. L. R. in dem § 440 l. c. von der dießfälligen Unterhaltungspflicht des Hypothekengläubigers gesprochen, fährt es im § 441 eodem also fort:

„Dagegen hat aber auch der Gläubiger das Recht, wenn der Besitzer der Sache durch erhebliche Verringerung ihrer Substanz seine Sicherheit schmälert, seine Befriedigung noch vor der Verfallzeit zu fordern."

„Will er — so lautet der folgende § 442 — von diesem Rechte keinen Gebrauch machen, oder gestattet es die Natur des versicherten Anspruchs nicht; so kann der Gläubiger darauf antragen, daß dem Besitzer in seinen nachtheiligen Dispositionen durch richterliche Verfügung Schranken gesetzt werden."

Das Wort „dagegen" im § 441 deutet darauf hin, daß in diesen Bestimmungen der Unterhaltungspflicht des Gläubigers eine Berechtigung desselben hat gegenüber gestellt werden sollen: er soll vor der Verfallzeit seine Forderung kündigen, event. auch den nachtheiligen Dispositionen des Besitzers Schranken setzen lassen können. In diesem Zusammenhange mit dem § 440 und dem damit in Verbindung stehenden § 38 ff. I, 8 A. L. R. aufgefaßt, ist man versucht, die Bestimmung des § 441: „wenn der Besitzer der Sache durch erhebliche Verringerungen ihrer Substanz seine (des Gläubigers) Sicherheit schmälert" auf den Fall zu beziehen, wenn der Besitzer die Unterhaltung der Sache dergestalt vernachlässigt, daß eine die Sicherheit schmälernde Verringerung der Substanz die Folge davon ist. Man fasse die Nachlässigkeit des Besitzers in der Sorge für die Unterhaltung der Sache nur nicht als ein rein negatives Verhalten desselben auf, sondern verbinde damit die Möglichkeit eines positiven Einwirkens, so wird man nicht umhin können, zu gestehen, daß diese Interpretation des § 441 seiner Anwendung enge Grenzen zieht, die um so wünschenswerther sind, als eine extensive Auslegung die ganze Sicherheit unseres Hypothekenrechts gefährdet, wie weiter unten gezeigt werden wird; man wird ferner gestehen müssen, daß bei dieser Auslegung die Verringerung der Substanz gleichbedeutend ist mit Vernichtung derselben und der § 441 sich dadurch im Einklang erhält mit den Vorschriften über Aufhebung des Pfandrechts. Der Sinn der §§ 441 und

Digitized by Google

442 l. c. würde dann folgender sein: Wenn der Besitzer die Sache, sei es durch Nichtsthun oder auch positives Einwirken, dergestalt verfallen, d. h. durch die Elemente der Natur vernichten läßt, daß die Sicherheit des Gläubigers darunter leidet, so kann letzterer das Kapital vor der Verfallzeit kündigen, event. dem Besitzer durch gerichtliche Verfügung Schranken setzen lassen.

Doch soll und muß zugegeben werden, daß diese Auslegung der angeführten §§ zu enge, zu gezwungen erscheint und deshalb wohl nicht haltbar ist. Der § 441 scheint wirklich über obigen Fall hinauszugehen; er spricht ganz allgemein von einem Schmälern der Sicherheit durch Verringerung der Substanz, also von einem positiven Einwirken, was dadurch bestätigt wird, daß in dem § 442 von nachtheiligen Dispositionen die Rede ist. Es entsteht daher die Frage, in welchem Sinne unter dieser Voraussetzung die Verringerung der Substanz in dem § 441 zu nehmen ist.

Zunächst muß hier bemerkt werden, daß von einer rechtlichen Befugniß des Besitzers, die Sicherheit des Gläubigers durch Verringerung der Substanz zu schmälern, nach unserem Dafürhalten in dem allegirten § durchaus keine Rede ist; es ist nur die factische Möglichkeit der Verringerung, die dem Besitzer zur Seite steht und die jener § im Auge hat. Das O.-T. stempelt diese factische Möglichkeit zu einer Berechtigung des Besitzers; denn es sagt geradezu, daß der Verkl. an Stelle des Eigenthümers B. berechtigt gewesen wäre, durch Wegschaffung des Schoppens das Mühlengrundstück zu verringern und so die Sicherheit des Klägers zu schmälern. Weder in der Fassung der Gesetzstelle, noch sonst, vermögen wir für diese Ansicht einen Anhalt zu finden. Dem Rechte des Hypothekengläubigers gegenüber dem Besitzer der verpfändeten Sache die Befugniß beilegen, jenes Recht durch Verringerung der Substanz illusorisch zu machen, dürfte etwas abnormes sein.

Diese Abnormität ist indeß nicht vorhanden. Der § 441 hat, wie schon bemerkt, nur die factische Möglichkeit der Verringerung im Auge. Die Worte: „wenn der Besitzer der Sache durch erhebliche Verringerungen ihrer Substanz die Sicherheit schmälert,“ drücken lediglich ein factisches Können und Thun aus. Darauf deutet auch das Wort „Besitzer,“ wobei der Gesetzgeber jedenfalls an die Gewahrsam, das factische Innehaben der Sache gedacht und deßhalb den Ausdruck „Eigenthümer“ vermieden hat. Für die bloß factische Möglichkeit spricht auch der § 442 l. c. Denn der darin vorkommende Ausdruck „nachtheilige Dispositionen“ kann sich unmöglich auf eine rechtliche Befugniß des Besitzers beziehen.

Digitized by Google

Diese Befugniß, die Sicherheit zu schmälern, würde juristisch nur **eine** sein und alsdann der Plural „Dispositionen" nicht passen.

Der § 441 spricht nicht von Aufhebung des Hypothekenrechts, sondern von der Schmälerung der Sicherheit. Beide Ausdrücke sind nicht gleichbedeutend, wie das O.-T. anzunehmen scheint, wenn es sagt, daß bei der (hier vorliegenden) Verringerung von dem Hypothekenrechte keine Rede mehr sein könne. Es giebt Verringerungen, welche das Pfandrecht **nicht** aufheben, aber auch solche, die diese Wirkung hervorbringen. Wenn ein mit Hypotheken belastetes Gebäude vom Feuer verzehrt wird, so ist das gewiß eine Verringerung der Substanz; aber hätte sie die Aufhebung des Pfandrechts zur Folge, wie käme man dazu, den Gläubigern einen Anspruch auf die Versicherungssumme beizulegen. Ueber die gesetzliche Existenz dieses Anspruchs besteht kein Zweifel; er ist ein Ausfluß des § 257 I, 20 A. L. R. in Verbindung mit den §§ 2 u. 3 I, 16 ebendas. [1]) Ihnen zufolge geht das Pfandrecht an einer unbeweglichen Sache durch deren Untergang nur insoweit verloren, als die Sache gänzlich untergeht und keine neue daraus entsteht, an der das Pfandrecht ausgeübt werden kann. Nach Analogie dieser Vorschriften hat man die Feuerversicherungssumme als das Surrogat des abgebrannten und verhypothecirten Gebäudes angesehen [2]); und es ist nicht zu leugnen, daß diese Analogie ihre volle Berechtigung hat, wenn anders die Hypothek auf einem Gebäude nicht ihrer Realität zum Theil entkleidet werden soll.

Es gibt nun aber auch Verringerungen der Substanz, welche das Pfandrecht aufheben. Es sind solche, die einen gänzlichen Untergang der Sache, um welche die Substanz verringert wird, nach sich ziehen: ein Untergang, aus dessen Ruinen keine neue Sache ersteht. Dieser Untergang kann ein physischer oder juristischer sein. Ersterer ist eine Vernichtung der Sache, ohne daß eine andere daraus entsteht, an welcher das Pfandrecht ausgeübt werden kann, eine Auflösung in ihre Atome; letzterer ist dann vorhanden, wenn die Sache in eine Lage gekommen ist, in welcher sie nicht mit der Pfandrechtsklage vindicirt werden kann. Erst wenn der eine oder andere dieser beiden Fälle eingetreten ist, kann man sagen, daß die Sicherheit des Gläubigers durch die Verringerung geschmälert sei. Denn diese Schmälerung liegt darin, daß in beiden Fällen das Pfandrecht allen und jeden Gegenstand verloren hat. Da-

---

1) cf. Rev. Reglement für die Westf. Prov. Feuersocietät vom 26. Sept. 1859. § 61 ff.

2) Vergl. Jahrg. I dieser „Beiträge" S. 15 f.

Digitized by Google

durch ist es dem Effect nach aufgehoben, die Sicherheit insoweit schmaler, kleiner geworden.

Nur diese Verringerungen sind nach unserem Dafürhalten in dem § 441 gemeint. Sie sind erst dann vorhanden, wenn die vindicatio pignoris auf den von der Substanz getrennten Theil zu einer Unmöglichkeit geworden ist; denn so lange diese Vindication möglich ist, kann von einer Schmälerung der Sicherheit nicht die Rede sein, indem ja der abgetrennte Theil auch bei jedem dritten Besitzer in Anspruch genommen werden darf. Die im § 441 erwähnte Verringerung der Substanz ist demnach auf den Fall der Unmöglichkeit der vindicatio pignoris zu beschränken. Nur in dieser Beschränkung ist er mit dem Wesen des Pfandrechts und den darüber bestehenden Vorschriften in Einklang zu bringen.

Das Pfandrecht ist ein dingliches Recht; es haftet an jedem, auch dem kleinsten Theile seines Gegenstandes; es kann gegen jeden dritten Besitzer der Sache verfolgt werden und diese Geltendmachung wird nur dadurch beseitigt, daß die Sache und deren Theile der Vindication entzogen werden.

Diese Natur des Pfandrechts hat in den §§ 467, 468 u. 492 I, 20 A. L. R. ihre volle Anerkennung gefunden.

Unserer Auslegung gegenüber nimmt das O.-T. den Begriff der Verringerung der Substanz im § 441 in einem sehr ausgedehnten Sinne. Was das A. L. R. unter Verringerung der Substanz versteht, ist in demselben nicht näher angegeben; der Begriff scheint dem praktischen Leben überlassen zu sein. Eine Grenze hat das A. L. R. in dem § 441 aber dadurch gezogen, daß es eine Verringerung sein muß, welche die Sicherheit schmälert. Die Worte des § 441: — „wenn der Besitzer der Sache durch erhebliche Verringerungen ihrer Substanz seine (des Gläubigers) Sicherheit schmälert," haben den Sinn: wenn der Besitzer der Sache Verringerungen vornimmt, welche die Sicherheit schmälern; keineswegs hat in jenen Worten ausgedrückt sein sollen, daß jede erhebliche Verringerung der Substanz, welche man im gewöhnlichen Leben dafür ansieht, eine Schmälerung der Sicherheit herbeiführe.

Sehen wir nun, wie das O.-T. die Verringerung der Substanz auffaßt. Wie durch Errichtung eines Gebäudes, sagt es, die Substanz des Grundstückes verbessert wird, so wird sie durch die Wegnahme desselben wieder verringert. Durch solche und andere Verringerungen der Substanz, heißt es weiter, die Sicherheit des Hypothekengläubigers zu schmälern, ist an sich der Eigenthümer durch die auf dem Grundstücke haftende Hypothek nicht gehindert.

Digitized by Google

Was hier unter Wegnahme eines Gebäudes zu verstehen sei, ist nicht recht deutlich. Man nimmt eigentlich ein Gebäude weg, wenn man es abbricht, und wenn man will, so kann man nebenbei verlangen, daß das abgebrochene Material von dem Platze entfernt wird, wo das Gebäude stand. Aber sollte das eine Verringerung der Substanz sein, die das an dem Gebäude haftende Hypothekenrecht aufhebt? Unmöglich! Das Material des Gebäudes ist ja noch vorhanden, es liegt nur nicht auf dem Gebäudeplatze, vielleicht nur auf einer angrenzenden Parcelle desselben Besitzers; wie ist es denkbar, daß die räumliche Veränderung des Materials, das Hinwegheben desselben über die Grenzen des Grundstückes das Hypothekenrecht beseitigen kann! Denn man wird doch nicht den Satz vertheidigen wollen, das Hypothekenrecht höre schon mit dem Abbruch auf und könne an dem abgebrochenen Material nicht mehr geltend gemacht werden, auch wenn dasselbe noch auf demselben Grund und Boden liege!

Im vorliegenden Falle ist das Material nun zwar auf das Grundstück eines Dritten gebracht und an diesen verkauft; allein die Veräußerung war hierbei, wie das O.=T. annimmt, ohne allen Einfluß. Es ist also das Hinüberheben des Materials über die Grenze des Grundstückes — denn etwas anderes können wir unter dem Wegnehmen oder Wegschaffen nicht verstehen — welches in den Augen des O.=T. das Hypothekenrecht aufhebt, indem es eine Verringerung der Substanz enthalten soll.

Der Begriff des Wegnehmens, Wegschaffens ist dem O.=T. auch der Maßstab für andere Verringerungen; denn es heißt in den Gründen, daß der Eigenthümer durch solche und andere Verringerungen die Sicherheit schmälern könne. Er darf demnach z. B. aus einem verpfändeten Hause Bretter, Bohlen, die zu demselben gehören, wegnehmen, ja auch die Ackerkrume, die doch eigentlich den Werth eines Grundstückes darstellt; nur muß er darauf sehen, daß der weggenommene Theil über die Grenze des Grundstückes gebracht wird. Und die Consequenz der vom O.=T. in unserem Falle getroffenen Entscheidung drängt dahin, hier überall anzunehmen, daß das Hypothekenrecht aufgehoben sei.

Gegen alle diese Eingriffe in sein Recht soll nun der Hypothekengläubiger nur e i n Mittel haben, nämlich die Befugniß, dem Besitzer in seinen nachtheiligen Dispositionen durch richterliche Verfügung Schranken setzen zu lassen. Wie aber, wenn der Gläubiger in weiter Entfernung wohnt und den Besitzer nicht überwachen kann; will man ihm zumuthen, Tag und Nacht einen Wächter bei dem Grundstücke aufzustellen? Und wie, wenn er bei aller Wachsamkeit mit der richterlichen

Digitized by Google

Verfügung, deren Extrahirung doch immer einige Zeit in Anspruch nimmt, zu spät käme? Wie ist es ferner, wenn er von seiner Befugniß, vor der Verfallzeit zu kündigen, Gebrauch macht; denn für diesen Fall ist der § 442 l. c. offenbar nicht gegeben? Wir glauben nicht zu viel zu sagen, wenn wir die Ansicht aussprechen, daß durch die Grundsätze des O.=T. die Sicherheit unseres Hypothekenwesens eine bedenkliche Erschütterung erleidet. Der ganze Schwerpunkt unseres Hypothekenrechts ist in die nach § 442 l. c. zu extrahirende Verfügung gelegt: eine Verfügung, über deren Bedeutung und Inhalt man noch nicht einmal im Reinen zu sein scheint. Schmidt, Grundsätze des gemeinen und preuß. Pfandrechts, S. 442 Anm. 12 nimmt an, daß die dem Besitzer zu setzende Schranke die Sequestration sei, und in der That ist diese das einzige, den Gläubiger wirksam sichernde Mittel; vorausgesetzt, daß er selbst Sequester wird, sonst ist auch dieses Mittel precär. Das O.=T. faßt jene Verfügung als eine, dem Besitzer jede Disposition untersagende, mithin als eine Arrestverfügung auf. Die Wirkungen des Arrestes sind nach § 80 I. 29 A. G. O. zu beurtheilen. Kann der Erwerber des Theils, um welche die Sache verringert ist, mithin nachweisen, daß er von dem Arrestschlage keine Wissenschaft gehabt hat, so kann der Gläubiger die Sache nur gegen Vergütung des Kaufgeldes zurückverlangen. § 83. Oder vielmehr nach der richtigen Ansicht trifft auch hier den Gläubiger die Beweislast und er hat dem Erwerber, dessen Redlichkeit vermuthet wird, die mala fides nachzuweisen. Koch, Lehrbuch 1. Aufl. § 205 Note 23. Diese Arrestverfügung ist also ein sehr trauriges Schutzmittel für den Hypothekengläubiger. Er läuft dabei immer Gefahr, daß der Dritte nachweist, er habe keine Wissenschaft von dem Arreste gehabt, und dann muß ihm vom Gläubiger, der das Hypothekenrecht an dem abgetrennten Theile verfolgt, das ersetzt werden, was er für die Sache gegeben hat. Wir sehen wenigstens nicht ein, weßhalb man die Arrestverfügung des § 442 von den sonstigen Regeln über die Wirkungen des Arrestes ausnehmen und dem dritten Erwerber seine bona fides nicht zu gute kommen lassen soll. Für eine Ausnahme spricht gar nichts.

Wo bleibt bei einer solchen Theorie die Sicherheit unseres Hypothekenrechts? Was nützt der öffentliche Glaube des Hypothekenbuchs?

Faßt man dagegen den § 441 in dem Sinne, daß eine, die Sicherheit schmälernde Verringerung der Substanz erst dann vorhanden ist, wenn die Substanz gänzlich untergegangen, d. h. kein Gegenstand mehr vorliegt, der mit der Hypothekenklage in Anspruch genommen werden kann, so wird die dingliche Natur des Pfandrechts auch in dem angezogenen § festgehalten. Dann ist derselbe ein Ausfluß der Regel, daß

Digitized by Google

die dinglichen Rechte an einer Sache durch ihren gänzlichen Untergang aufgehoben werden, und er tritt als eine durch das Wesen der Hypothek, dem zufolge die verpfändete Sache in der physischen Gewalt des Verpfänders bleibt, gebotene Resignation auf.

Das richtige Verständniß des § 441 ist wohl dadurch getrübt worden, daß man die Absonderung der Früchte und Nutzungen von der Substanz, z. B. das Fällen der Bäume, als eine Verringerung derselben ansieht, was sie in der That auch ist. Zwischen dieser Absonderung und jeder anderen Trennung und Entfernung der Theile von dem Ganzen tritt aber der erhebliche Unterschied hervor, daß die Früchte und Nutzungen ihrer Natur nach dazu bestimmt sind, von der eigentlichen Substanz einmal getrennt zu werden, zumal sie sich ja immer wieder erneuern. Diese ihre Bestimmung bringt es mit sich, daß die bloße Trennung eine Verringerung der Substanz enthält, was von den übrigen Theilen der Substanz nicht behauptet werden kann. Bei dieser ist vielmehr die Trennung der einzelnen Theile ohne alle Einwirkung auf das Hypothekenrecht, der Gläubiger kann sich an jeden getrennten Theil, auch wenn er im Besitze eines Dritten ist, halten, wie der § 468 I, 20 A. L. R. ausdrücklich besagt. Dagegen hebt die Absonderung der Früchte und Nutzungen das Hypothekenrecht auf und der Gläubiger kann sich erst im Wege der gerichtlichen Beschlagnahme daran halten. § 475 u. 476 eod.

Dieser Unterschied ist festzuhalten; daraus folgt aber auch, daß man die Verringerung der Substanz, welche durch Absonderung der Früchte und Nutzungen entsteht, nicht analogisch auf andere Theile ausdehnen darf. Ein Gebäude gehört nun selbstredend nicht zu den Früchten; seine Absonderung, oder wie das O.-T. sagt, Wegschaffung von dem Grund und Boden hebt das Hypothekenrecht nach unserem Dafürhalten nicht auf, so lange das Hypothekenrecht noch geltend gemacht werden konnte. Dies war hier der Fall. Das Material des Schoppens ist auf dem Gehöfte des T. wieder aufgerichtet, die Hypothekenklage also möglich.

Wir meinen demnach, daß T. zur Herausgabe hätte verurtheilt werden müssen, wie dies der App.-Richter gethan hat.

Nr. 23.

Zur Auslegung des § 10 I. 19 der Allgemeinen Gerichts-Ordnung.

Mitgetheilt von dem Appellationsgerichts-Rath von Krämel in Naumburg.

Der Banquier R. klagte gegen einen Privatmann als das ihm am 1. Sept. 1860 zukommende Saldo 1010 Thlr. ein. Der Verklagte erkannte dies Saldo an, behauptete aber, daß der gegenseitige Geschäfts-

Digitized by Google

verkehr auch nach dem 1. Sept. 1860 fortgedauert habe, und ihm nach dem Abschluß vom 1. Nov. 1860, nach Abzug des klägerischen Guthabens vom 1. Sept. 1860, noch ein Guthaben von 2665 Thlr. zustehe, zu dessen Zahlung er wiederklagend den Kläger zu verurtheilen bat. Der Kläger bestritt die Zulässigkeit und Rechtsgültigkeit der Gegenforderung des Verklagten.

Der erste Richter verwies aber den Verklagten mit seiner Wiederklage zu einem besonderen Verfahren und verurtheilte ihn zur Zahlung von 1010 Thlr., weil die der Wiederklage zu Grunde liegenden Geschäfte von denen der Klage verschieden seien. Die gleichzeitige Verhandlung sei nach § 10 I, 19 A. G. O. nur in dem Falle zulässig, wenn die Parteien als Kaufleute in laufender Rechnung oder sonst in fortgesetztem Verkehr mit einander gestanden haben. Im vorliegenden Falle seien aber nicht beide Parteien, sondern nur der Kläger ein Kaufmann.

Auf die Appellation des Verklagten wurde das erste Erkenntniß dahin abgeändert, daß die Wiederklage gleichzeitig mit der Klage in dem vorliegenden Prozesse zu verhandeln und zu entscheiden, und diese Entscheidung ist durch das Revisionserkenntniß vom 4. Dez. 1861 aus folgenden Gründen bestätigt:

Der Appellationsrichter nimmt mit gutem Grunde an, daß der § 10 I, 19 A. G. O. nicht auf Kaufleute zu beschränken sei, und daß die gebrauchten Worte „als Kaufleute," nur ein Beispiel zur Erläuterung der Regel, daß, wenn ein Rechnungssaldo aus einem fortgesetzten Verkehre eingeklagt wird, die eigentliche Reconvention mit der Convention in einem Prozesse zu verhandeln und zu entscheiden sei, — geben sollen. Zwar ist dem Kläger zuzugeben, daß der von ihm behauptete engere Sinn mit denselben Worten, deren sich das Gesetz bedient, ausgedrückt werden kann; mit Recht wendet aber der Appellationsrichter dagegen ein, daß sich der Sinn des Klägers viel einfacher und prägnanter mit den Worten hätte geben lassen: „wenn Kaufleute mit einander in laufender Rechnung gestanden haben." Ist aber die Redeweise, wie Kläger sie versteht, eine mehr ungewöhnliche und dem Zweck der Deutlichkeit nicht entsprechende, so ist auch, bei dem unverkennbaren Streben der A. G. O. sich möglichst klar und leicht verständlich auszudrücken, und den beabsichtigten Sinn durch Beispiele, in der Regel freilich mit dem Zusatze: „z. B." zu erläutern (cf. § 26 Tit. 30, § 35 Tit. 1 u. s. w.), der Schluß berechtigt, daß es sich auch hier nur um ein Beispiel handelt, da der zunächst liegende und sich ganz ungezwungen ergebende Wortsinn dahin geht, wenn Parteien mit einander in laufender Rechnung gestanden haben, als z. B. Kaufleute, wogegen es schon gezwungen ist, wenn man mit

Digitized by Google

dem Kläger es dahin verstehen will: „wenn Parteien in der Eigenschaft als Kaufleute in laufender Rechnung gestanden haben."

Aber auch die ratio legis spricht für die einfachere Auslegung. Der Zweck des Gesetzes ist — wie überall die A. G. O. die möglichst gründliche und vollständige Herstellung des materiellen Rechts erstrebt (cf. § 6, 7, 10, 17, 20, 33 der Einleit.), und die Vervielfältigung der Prozesse zu hindern sucht (cf. § 9, 22, 34 ibid.), unzweifelhaft auch hier: das wahre und entscheidende Rechtsverhältniß insoweit ermitteln und feststellen zu lassen, als es in dem wirklichen und erlaubten Interesse der Parteien liegt. Dies erlaubte und vernünftige Interesse kann aber nur darin bestehen, daß Parteien mit Beendigung des Prozesses wissen, wie sich ihr Geschäftsverhältniß schließlich gestaltet hat, und wer vom Anderen noch etwas zu fordern und was er zu fordern *hat; wogegen* die Erörterung der einzelnen Forderungen und Gegenforderungen nur als Mittel zu diesem Zwecke, nicht aber als dieser Zweck selbst in Betracht kommen kann.

Das Bedürfniß einer solchen vom Gesetzgeber im § 10 begünstigten Finalregulirung der sich gegenüberstehenden Rechtsverhältnisse der Parteien mag zwar im Verkehre unter Kaufleuten besonders stark hervortreten, es ist aber nicht zu leugnen, daß sich dasselbe auch in anderen Verhältnissen des Lebens geltend macht und auch schon zur Zeit der Abfassung des Gesetzes geltend gemacht hat, jedenfalls ist es eine nicht dargethane Behauptung des Klägers, daß zu jener Zeit solche Verhältnisse nur im Handelsstande hätten hervortreten können. — Hierzu kommt, daß die Vorschriften in Tit. 30 über den Merkantilprozeß durchaus nichts entgegenstehendes enthalten, vielmehr im Allgemeinen auf die Prozeßvorschriften verweisen, während doch der § 10 bei systematischer Anordnung nicht im Tit. 19, sondern in diesem Titel 30 seinen Platz hätte finden müssen, wenn er nur eine Specialität für Kaufleute hätte festsetzen sollen.

Nr. 24.

Ist in Civilprozeßsachen bei den in öffentlicher Verhandlung erfolgenden Zeugenvernehmungen die Anwesenheit der Parteien zu gestatten?

Diese Frage war in einer Injurien-Prozeßsache im Beschwerdewege zur Entscheidung des Appellationsgerichts zu Hamm gelangt und von diesem der Grundsatz angenommen worden:

Digitized by Google

Die besondere Vorschrift der Allgem. Ger. Ordnung Th. I Tit. 10 §§ 189. 198. 205 u. Anh. § 85, wonach in Civilprozeßsachen die Zeugen in Abwesenheit der Parteien und nur in Gegenwart der diesen zugeordneten oder von ihnen gewählten Rechtsbeistände oder Bevollmächtigten vernommen und den Parteien erst, wenn sämmtliche Zeugen abgehört sind, die diesfälligen Protokolle vorgelegt oder ihnen Abschriften davon mitgetheilt werden sollen, ist durch die allgemeine Vorschrift der Verordnung vom 2. Januar 1849 § 32 und der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 Art. 93, wonach die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte in Civil- und Strafsachen öffentlich sein soll, nicht aufgehoben, da beide Vorschriften sehr wohl neben einander bestehen können.

Das Appellationsgericht war dabei von dem Gesichtspunkte ausgegangen, daß es bei Erlaß der Gesetze von 1849 und 1850 nicht die Aufgabe gewesen, über das prozessualische Verfahren selbst und die Art der Wahrnehmung der Parteirechte Bestimmungen zu treffen, sondern im Allgemeinen bezweckt worden, durch die Oeffentlichkeit der Verhandlungen den Rechtsuchenden eine Garantie für das ordnungsmäßige und gesetzliche Verfahren der Richter zu gewähren, daß aber das Princip der Oeffentlichkeit durch die Beibehaltung der die persönliche Gegenwart der Parteien bei dem Zeugenverhör ausschließenden Vorschrift der Allg. Ger. Ordn. nicht verletzt werde, da der Grund dieser Bestimmung, den Zeugen von allen, seine Unbefangenheit störenden Einwirkungen Seitens der unmittelbar Betheiligten fern zu halten, auch bei dem öffentlichen Verfahren seine Geltung nicht verloren habe, wenigstens der Gesetzgebung überlassen bleiben müsse, die fragliche Vorschrift, falls ihr Grund durch die Einführung des öffentlichen Verfahrens weggefallen sei, ausdrücklich außer Anwendung zu setzen. Endlich wurde noch darauf hingewiesen, daß in Ehesachen die Verordnung vom 28. Juni 1844 § 37 den Parteien gestatte, wenn das Gericht kein Bedenken dabei finde, dem Zeugenverhör persönlich beizuwohnen, diese bedingte Ausnahmebestimmung aber dafür spreche, daß die Verordnung vom 1. Juni 1833 ohne Einfluß auf die in Rede stehende Vorschrift der Allg. Ger. Ordn. sei.

In Folge der gegen die Verfügung des Appellationsgerichts bei dem Justiz-Minister erhobenen Beschwerde ist die oben aufgestellte Frage einer nochmaligen Erörterung des Kollegiums unterworfen und nur mit der Mehrheit von einer Stimme verneint worden.

Der Justiz-Minister ist in dem Bescheide vom 13. Mai 1862 der Ansicht der Minorität des Kollegiums dahin beigetreten:

Digitized by Google

daß, wenn in einer Civilprozeßsache die Abhörung eines Zeugen nicht durch einen requirirten oder kommittirten Richter geschieht, sondern von dem zur Entscheidung der Sache berufenen Gerichtshof oder Einzelrichter in dem zugleich zur mündlichen Verhandlung anstehenden Termine bewirkt wird, in Gemäßheit des für den letzteren geltenden Princips der Oeffentlichkeit des Verfahrens die Vernehmung des Zeugen nicht allein in Gegenwart der Sachwalter der Parteien erfolgen muß, sondern auch die Anwesenheit der Parteien selbst dabei zu gestatten ist.

Dieser Bescheid beruht auf folgenden, von der Minorität geltend gemachten Gründen:

Für jene Ansicht spricht nicht allein die Bestimmung im § 32 der Verordnung vom 2. Januar 1849: „die Verhandlungen vor dem erkennenden Gerichte — sind ohne Beschränkung öffentlich —," so wie die Anomalie, welche sich herausstellen würde, wenn bei unbeschränkter Oeffentlichkeit des Verfahrens gerade diejenigen Personen sich zu entfernen genöthigt wären, welche als die zunächst Betheiligten erscheinen, sondern auch die Erwägung, daß der Zweck, worauf die den Parteien selbst ihre Anwesenheit bei dem Zeugenverhör nicht gestattende Vorschrift der Prozeßordnung beruht, als durch die Oeffentlichkeit des Verfahrens gesichert anzusehen ist.

Vergl. Crim. Ordn. § 318 u. Verord. vom 3. Januar 1849 § 14.

Zur Widerlegung einer solchen ausdehnenden Erklärung der Vorschriften über die Oeffentlichkeit des Civilprozeßverfahrens läßt sich auch nicht geltend machen: durch ein neues allgemeines Gesetz werde eine ältere spezielle Vorschrift nicht aufgehoben, da diese Rechtsregel nur auf den Fall sich bezieht, in welchem ein neues Gesetz eine ältere Regel aufhebt und nunmehr die Fortdauer einer neben der älteren Regel bestandenen Ausnahmevorschrift in Frage kommt. Das Letztere trifft im vorliegenden Falle so wenig zu, daß die ältere Vorschrift: die Parteien seien bei dem Zeugenverhör nicht zuzuziehen und nur bei der Beeidigung herbeizurufen, weit eher als eine Consequenz der Regel: „das Zeugenverhör sei nicht öffentlich," denn als eine Ausnahme von dieser Regel sich betrachten läßt.

Digitized by Google

Nr. 25.

Wird die Vollstreckung eines Schiedsrichterspruches dadurch gehindert, daß die verurtheilte Partei in Gemäßheit des § 174 Tit. 2 der Proz. Ord. das Urtheil bei dem ordentlichen Richter als nichtig ansicht?

Diese Frage ist in einer Verfügung des Kreisgerichts zu Duisburg vom 18. März 1862 aus folgenden Gründen verneint worden:

„Der Schiedsspruch leitet ebenso wie der Spruch des ordentlichen Richters seine rechtliche Bedeutung und Wirksamkeit aus dem Rechte des Staates zur Jurisdiction her, wenn auch die Zusammensetzung des Spruchkollegii in beiden Fällen sich auf verschiedene Weise vermittelt. Der Grund, den Sie gegen die sofortige Exigibilität des Schiedsspruchs aus dem „Mangel einer Garantie des Staats“ für die Schiedsgerichte herleiten wollen, entbehrt daher der Richtigkeit.

Wenn Sie es als Mißverhältniß bezeichnen, daß dasselbe Gericht, welches über Rechtsgültigkeit oder Verwerflichkeit des Schiedsspruchs erkennen will, zuvor schon demselben mittelst der Exekution Wirksamkeit verleihen sollte, so können wir de lege ferenda die Erörterung dieser Ansicht auf sich beruhen lassen. In Betreff des bestehenden Rechtsstandes aber läßt die Prozeßgesetzgebung in vielen unzweifelhaften Fällen das von Ihnen bemängelte Verfahren zu. Zunächst in allen Fällen der Nullitätsklage aus Tit. 16 Th. I A. G. O. (vgl. § 10 daselbst); der Restitutionsklagen (vgl. § 28 ebendas.). In allen Fällen endlich, in denen Erkenntnisse der Vorinstanzen der Einlegung von Rechtsmitteln ohngeachtet vollstreckbar sind, wird der Instanzrichter es ganz unbedenklich finden, obwohl er über die Rechtsgültigkeit oder Verwerflichkeit der Vorentscheidung erkennen muß, zuvor auf eingelegte Beschwerde durch Anweisung an den erstinstanzlichen Richter die Exekution aus dem angefochtenen Urtheil zu verfügen. Der von Ihnen angeführte Grund geht daher über sein Ziel hinaus und es kann sich in der That bei Entscheidung der vorliegenden Frage nur darum handeln, den Charakter des Rechtsmittels aus dem § 172 Tit. 2 Th. I A. G. O. zu würdigen. Dies ist in unserer Verfügung vom 29. v. Mts. geschehen. Das gedachte Rechtsmittel hat die vollkommenste Aehnlichkeit mit der Nullitätsklage aus Tit. 16 Th. I A. G. O. — abgesehen von der Frist, an die es gebunden.

Die materiellen Voraussetzungen, unter denen allein es mit Wirksamkeit eingelegt werden kann, gleichen den Voraussetzungen, unter denen die zuletzt genannte Klage zulässig ist. Die Voraussetzungen sind un-

Digitized by Google

gewöhnlicher Natur, streiten gegen die Vermuthung der Legalität, die allen gerichtlichen Acten zur Seite steht. Hierin lag offenbar der legislatorische Grund bei Erlaß des § 10 Tit. 16 a. a. O. Derselbe spricht für die provisorische Exekutionsfähigkeit der Schiedssprüche.

Ihre Anführung, daß es unmöglich erscheine, eine Exekution zu rechtfertigen, so lange noch die Möglichkeit vorliege, daß durch erstinstanzliche Entscheidung der jener Exekution zu Grunde liegende Schiedsspruch als nicht vorhanden erklärt werde, würde im Falle der mehrbezeichneten Nullitätsklage durch die citirte Gesetzesstelle sich widerlegen; die analoge Anwendbarkeit derselben für unsern Fall ergibt sich nicht nur aus dem Gesagten, sondern auch daraus, daß eben selbst in dem Ihnen günstigen Falle der Vernichtung des Schiedsspruchs, das vernichtende Urtheil nur als ein solches erster Instanz, der Schiedsspruch daher als das Produkt eines formell abgeschlossenen Vorprozesses erscheint, dem vorab formale Wirkung nicht zu versagen. Der § 35 Tit. 24 Th. I A. G. O. bestimmt ganz allgemein, daß die Vollstreckung eines Urtels durch Vorschützung einer bei dem Urtel zu Grunde liegenden Nullität nicht abgewendet werden solle. Die Behauptung einer Nullität oder Nichtigkeit ist aber gerade die unerläßliche Voraussetzung des gegen das laudum zulässigen Rechtsmittels. § 172. 174. 175 Tit. 2 Th. I A. G. O.

Wir können in dieser Frage noch auf zwei Rescripte des Justiz-Ministerii verweisen.

Das Rescript vom 17. Juli 1820 — zufolge der Ergänzung. Bd. 7 S. 284 in Kamptz Jahrb. Bd. 16 S. 50 abgedruckt, entscheidet die Frage auf das Bündigste dahin:

> „Ein als nichtig angefochtener schiedsrichterlicher Spruch behält die Rechtskraft bis dahin, wo er durch Urtel und Recht annullirt ist. Der § 10 A. G. O. Th. I Tit. 16. (der die Exekutionsfähigkeit des mit der Nullitätsklage angefochtenen Urteils durante processu anordnet) paßt auch auf schiedsrichterliche Urtheile, weil auf solche die Anwendung nirgends ausgeschlossen ist."

Ein Rescript des Ministerii vom 3. April 1837 (ebend.), welches bestimmt:

> „Nach § 174 Tit. 2 Th. I A. G. O. steht den Parteien — — — — frei, dagegen binnen 10 Tagen sich an den ordentlichen Richter zu wenden und wenn dies nicht geschehen ist, so findet die Exekution daraus statt."

scheint zwar von entgegengesetzter Voraussetzung auszugehen, es hat jedoch den Zweck und die Bestimmung, nicht über die hier vorliegende Frage, sondern darüber zu entscheiden,

ob die Parteien selbst oder die Schiedsrichter zur Nachsuchung der Exekution befugt erscheinen.

Wir haben daher der Exekution Fortgang geben müssen." —

Digitized by Google

Diese Verfügung ist auch im Beschwerdewege durch den folgenden Bescheid des Appellationsgerichts zu Hamm vom 9. April 1862 aufrecht erhalten worden:

Jedes rechtskräftige Erkenntniß ist nach § 2 Tit. 24 der Proz. Ordn. vollstreckbar. Eine solche Vollstreckbarkeit tritt aber auch ein, wenn das gegen das Erkenntniß etwa zulässige Rechtsmittel keinen Suspensiv-Effekt äußert. Daß dieser Grundsatz auch auf den schiedsrichterlichen Ausspruch über einen Rechtsstreit seine volle Anwendung finden muß, kann nicht bezweifelt werden; denn das laudum ist nach §§ 167 f. Tit. 2 der Proz. Ordn. ein Urtheil, welches, abgesehen von der dort hervorgehobenen Eigenthümlichkeit, in seinen Wirkungen der richterlichen Entscheidung völlig gleichsteht. Jene Eigenthümlichkeit besteht darin, daß gegen den Schiedsspruch lediglich und allein aus besonderen Gründen die Provokation auf richterliche Entscheidung gegeben ist. Die Provokation bietet aber weder in formeller Beziehung, noch nach ihrer materiellen Begründung mit dem ordentlichen Rechtsmittel der Appellation auch nur die entfernteste Analogie, sie kommt vielmehr in beiden Beziehungen, wie auch das Kreisgericht zu Duisburg, unter Verweisung auf das Rescript vom 17. Juli 1820, richtig ausführt, der Nullitätsklage des Tit. 16 a. a. O. am nächsten.

Der darin gefundene Widerspruch, daß derselbe Richter, welcher den Urtheilsspruch des Schiedsgerichts zu prüfen habe, dennoch schon vorher aus diesem Urtel die Execution verfügen solle, steht der Analogie mit der Nullitätsklage nicht entgegen, sowie der Umstand, daß die Provokation auf richterliche Entscheidung gegen das laudum stets bei dem Richter erster Instanz angebracht werden muß, im hohen Grade diese Analogie bestätigt. Wenn in der Beschwerde geltend gemacht wird, daß die Nullitätsklage nur gegen ein rechtskräftiges Urtel gegeben sei, so ist dies gewiß richtig, steht aber mit den vom Kreisgericht zu Duisburg in der Verfügung vom 18. v. M. aufgestellten Grundsätzen in keinem Widerspruche, weil gegen das laudum kein ordentliches Rechtsmittel zulässig, dasselbe also für ein rechtskräftiges Urtel zu erachten ist. Der endlich noch hervorgehobene Umstand, daß dem § 176 Tit. 2 der Proz. Ordn., welcher Bestimmungen über die Execution aus einem Schiedsspruche enthält, die Vorschriften über dies einzig zulässige Rechtsmittel vorhergehen, spricht gewiß nicht für den Suspensiv-Effect. Wie der Tit. 24 der Proz. Ordnung den Schluß der Darstellung des ordentlichen Hauptverfahrens bildet und erst nach der Lehre von den Rechtsmitteln und namentlich auch von den außerordentlichen Rechtsmitteln ohne Suspensiv-Effect kommt, so hat auch nach derselben logischen An-

Digitized by Google

ordnung in unserem Titel über Schiedsrichter die Bestimmung über die Execution am Ende der ganzen Lehre ihre Stelle gefunden.

Nr. 26.

Kann ein Konkursverwalter, welcher zugleich Rechtsanwalt ist, außer der ihm als Verwalter zustehenden Belohnung auch noch von dem unterliegenden Gegner die Gebühren eines Rechtsanwaltes für die als Vertreter der Gläubigerschaft geführten Prozesse beanspruchen?

Das Appellationsgericht zu Naumburg hat diese Frage in einer in diesen „Beiträgen" Bd. IV S. 427 f. mitgetheilten Verfügung vom 20. Juli 1860 bejaht.

Die entgegengesetzte Ansicht hat das Appellationsgericht zu Hamm in der Verfügung vom 8. Januar 1862 aus folgenden Gründen ausgesprochen:

Nach §§ 131 u. 215 der Konk. Ord. ist der Verwalter der Konkurs-Masse der Vertreter der Gläubigerschaft und der Masse, welchem namentlich auch die Führung von Prozessen obliegt, mögen diese die Masse oder die Ansprüche einzelner Gläubiger betreffen. „Er kann sich hierbei, wenn er nicht selbst Rechtsverständiger ist, eines Rechtsbeistandes bedienen und in einzelnen Fällen einen besonderen Bevollmächtigten bestellen." Hiernach ist der Verwalter, welcher in einem Prozesse die Gläubigerschaft oder die Masse vertritt, nicht etwa so zu betrachten, als ob das dominium litis in seiner Hand ruhte, und er gewissermaßen proprio jure den Prozeß führte, sondern er ist, wenn er selbst Rechtsanwalt ist, sowohl seiner Partei als deren Gegner gegenüber wie jeder andere zum Prozeß Bevollmächtigte anzusehen. Es müssen also auch, was seine Belohnung hierfür anbetrifft, abgesehen von dem Betrage derselben, die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung kommen. Darnach kann er aber unzweifelhaft dieserhalb keinen directen Anspruch gegen den Gegner der von ihm vertretenen Masse erheben, weil er mit diesem in gar keinem Rechtsverhältnisse steht, und er kann darnach ebenso unzweifelhaft Namens und für die Masse nur dasjenige von dem Gegner erstattet verlangen, was ihm diese gesetzlich an Gebühren für die Prozeßführung gezahlt hat, oder doch zu zahlen schuldig ist.

In letzterer Beziehung soll nun nicht die sonst zur Anwendung kommende Gebühren-Taxe vom 12. Mai 1851 maßgebend sein, sondern der § 134 der K. O. verweist behufs Feststellung des Betrags der dem

Digitized by Google

Verwalter der Masse für seine Geschäftsführung zukommenden Belohnung auf den der K. O. angehängten Tarif, und dieser bestimmt in den §§ 1 und 2, daß dem Verwalter der Masse für seine gesammte Geschäftsführung, einschließlich der Prozeßführung, ein gewisser Prozentsatz der Masse zuzubilligen. Da hiernach der Verwalter der Masse, mag er in dem für dieselbe geführten Prozesse obgesiegt oder unterlegen haben, unter keiner Bedingung außer jenem Prozentsatze noch nach der Gebühren-Taxe vom 12. Mai 1851 überhaupt irgend Etwas liquidiren kann, so ist nach den oben aufgestellten allgemeinen Grundsätzen der unterliegende Gegner nur den Theil des nach § 1 des Tarifs als Honorar festgesetzten Prozents der Masse zu erstatten verbunden, welche diese nachweislich gerade mit Rücksicht auf die Mühewaltung des Verwalters bei der Führung des betreffenden Prozesses demselben zugebilligt hat.

Es muß zugegeben werden, daß das Gesetz gerade durch die Bestimmung, daß der Verwalter für alle seine Bemühungen durch ein nach Prozenten zu berechnendes Pauschquantum honorirt werden soll, eine Trennung und ein Auseinanderhalten der einzelnen Geschäfte des Verwalters hat vermeiden wollen, und es muß auch ferner zugegeben werden, daß das Konkursgericht selten in der Lage sein wird, sich und dem Verwalter darüber Rechenschaft geben zu können, welchen Theil des dem Letzteren als Honorar zugebilligten Prozentes man gerade für die Vertretung in einem betreffenden einzelnen Prozesse festgesetzt habe; diese Erwägungen sind jedoch nur de lege ferenda berechtigt, bei dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung ist nach den obigen Gründen die Namens der Konkursmasse auf Grund des Gesetzes vom 12. Mai 1851 gegen den unterliegenden Gegner eingereichte Gebühren-Liquidation mit Recht vom Konkursrichter zurückgewiesen.

Die in der Beschwerde angeführten Gegengründe sind sämmtlich nicht zutreffend. Soweit dieselben auf ein allgemeines Billigkeitsgefühl gestützt sind, haben sie schon an und für sich den klaren und unzweideutigen gesetzlichen Bestimmungen gegenüber keine Berechtigung, die diesseitige Annahme widerspricht aber auch in der That nicht der aequitas. Daß der zum Konkursverwalter bestellte Rechtsanwalt für die Führung der Prozesse nur dasjenige erhält, was ihm in dem Tarif ausdrücklich für seine desfallsigen Bemühungen ausgeworfen ist, und daß er nicht noch außerdem ein besonderes Honorar beanspruchen kann, erscheint nur billig und gerecht. Wenn andererseits behauptet wird, daß dem unterliegenden Prozeßgegner einer Konkursmasse bei Befolgung der hier festgehaltenen Grundsätze ein ihm nicht zustehender Vortheil dadurch erwachse, daß er nicht die Anwalts-Gebühren zu bezahlen brauche, welche

Digitized by Google

er einer andern Partei gegenüber erstatten müsse, so ist die hierin für die Konkursmasse bez. deren Verwalter gefundene Unbilligkeit nur eine scheinbare. Denn nach diesem Gesichtspunkte befindet sich die unterliegende Prozeßpartei stets in einem ungerechtfertigten Vortheile, wenn der Verwalter der siegenden Konkursmasse, welcher kein Rechtsanwalt ist, trotzdem den Prozeß selbst geführt hätte. Jedenfalls würde aber darin nicht nur eine Unbilligkeit, sondern eine Gesetzwidrigkeit gefunden werden müssen, wenn der Konkursmasse Kosten und Auslagen erstattet werden, welche sie gar nicht gehabt hat, oder wenn dem Verwalter der Masse, bloß weil der Gegner unterlegen, über das ihm gesetzlich zugebilligte Honorar hinaus noch besondere Gebühren gezahlt werden.

Es ist aus diesen Gründen auch die in Gruchot's „Beiträgen" Bd. IV S. 427 mitgetheilte Entscheidung des Appellationsgerichts zu Naumburg durchaus ungerechtfertigt. Wenn dort gesagt ist, daß es für die Erstattungspflicht des verurtheilten Gegners ohne allen Einfluß sei, wie der Vertreter der Gläubigerschaft aus der Masse remunerirt werde, und daß mit der Bestimmung des Tarifs: der Verwalter solle für die Prozeßführung aus der Masse keine besonderen Gebühren erhalten, keineswegs folge, daß der Masse die Anwaltsgebühren zufließen müßten, welche der in die Kosten verurtheilte Gegner zu erstatten habe, so ist das Rechtsverhältniß zwischen den Prozeßparteien, soweit es sich um Erstattung der Kosten handelt, geradezu auf den Kopf gestellt. Statt von dem allgemeinen unumstößlichen Rechtsgrundsatz auszugehen, daß eine Verbindlichkeit zur Erstattung (sowie dies ja schon im Worte selbst liegt) nur da stattfinden kann, wo wirklich Etwas ausgelegt und verwendet ist, geht das genannte Appellationsgericht von der umgekehrten Annahme aus, daß der Unterliegende stets Kostenauslagen erstatten müsse, wenn auch dem Gegner gar keine erwachsen sind oder gesetzlich keine erwachsen können.

Wenn in der Beschwerde daraus, daß dem Konkurs-Verwalter gestattet sei, zur Führung der Prozesse einen besonderen Bevollmächtigten zu ernennen, die Folgerung gezogen wird, daß, wenn der Verwalter selbst Rechtsanwalt und als solcher selbst die Prozesse führt, dies hinsichtlich seiner Honorirung so anzusehen sei, als ob er sich selbst zum Anwalt bestellt hätte, so widerspricht eine solche Fiction nicht nur dem § 1 des Tarifs, sondern insbesondere auch dem § 8 desselben, welcher ausdrücklich vorschreibt, daß Anwaltsgebühren nur dann ersetzt werden, wenn der Verwalter eines besonderen Rechtsbeistandes sich bedient oder einen besonderen Bevollmächtigten bestellt hat.

Wenn ferner angeführt wird, daß der Tarif nur das pecuniäre

Digitized by Google

Verhältniß zwischen der Konkursmasse und deren Vertreter normire, so ist dies gewiß ganz richtig, aber der Tarif ist für unsere Frage nach der Verbindlichkeit des Unterliegenden zur Kostenerstattung um deswillen von Bedeutung, weil, wie oben hervorgehoben, nur das zu erstatten ist, was dem Gegner an Kosten erwachsen ist. So normirt auch die Gebühren-Taxe vom 12. Mai 1851 lediglich das dem Anwalt von seiner eigenen Partei zu zahlende Gebührenquantum, trotzdem wird Niemand bezweifeln, daß die unterliegende Prozeßpartei, wenn sie wegen der Gebühren des gegnerischen Anwalts in Anspruch genommen wird, sich auf die Vorschriften jenes Gesetzes berufen kann.

Nr. 27.

Befugniß der Gewerkschaften zur Erwerbung von Rechten aus einem von einem Dritten in einem fremden Felde gemachten Funde.

Hierüber spricht sich ein Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 31. Oktober 1861 dahin aus:

Die Gewerkschaft der Zeche Steingatt, vertreten durch ihren Grubenvorstand, macht im vorliegenden Prozesse Rechte auf die Muthung Helene geltend. Sie gründet ihre Rechte darauf, daß der Gerichtsdirector B., als Vertreter ihres Grubenvorstandes, die Muthung von dem Bergarbeiter A. B. durch einen notariell recognoscirten Privatvertrag vom 9. December 1857 käuflich erworben habe. In diesem Kaufe Seitens des Gerichtsdirectors B. kann aber, wie dies der erste Richter mit Recht annimmt, kein Erwerb von Seiten der klagenden Zeche Steingatt gefunden werden, auch wenn man in der Mitvollziehung der Vollmacht von dem gesammten Grubenvorstande eine Genehmigung jenes Contractes finden will. Denn nach der Aufzählung der Befugnisse des Grubenvorstandes in dem § 18 des Gesetzes vom 12. Mai 1851 umfassen dieselben nur die Wahrnehmung und Verfolgung aller der Gewerkschaft als solcher zustehenden Rechte sowohl gegen einzelne Mitglieder als auch gegen dritte Personen, so daß der Grubenvorstand zur Wahrung, Erhaltung und Verwaltung des einmal vorhandenen Vermögens bestellt wird. Der cit. § 18 Nr. 14 bestimmt zwar, daß es demselben auch obliege, die der Gewerkschaft etwa zustehenden Finderrechte wahrzunehmen und zu verfolgen. Nach den Motiven des Gesetzes (cf. Gräff's Bergrecht S. 158 Anm. 1b) sind aber damit nur

Digitized by Google

Rechte aus einem Funde gemeint, welchen die Gewerkschaft selbst als solche mittelst ihres Grubenbetriebes gemacht hat. Nach der eigenen Behauptung der Klägerin hat aber nicht sie gefunden und Muthung eingelegt, sondern ein Dritter. Zu derartigen onerosen Erwerbungen, wie sie hier in Frage stehen, ist somit der Grubenvorstand nicht legitimirt. Ebenso wenig berechtigte auch im vorliegenden Falle die angeblich in der ertheilten Bestallung enthaltene Autorisation zum Erwerbe von „Grundstücken" den Grubenvorstand zum Ankaufe von Muthungsrechten als einer ganz anderen Species von Immobilien. In der ersten Instanz war eine Genehmigung des fr. Kaufvertrages von Seiten der Gewerkschaft nicht behauptet, in der That auch nicht vorhanden, weil erst in dem in der zweiten Instanz producirten Vertrage vom 28. Mai c. die Besitzer von $123^{263}/_{343}$ Kux dem in Rede stehenden Contracte beigetreten sind. Auf diese erst im Laufe des Prozesses eingetretene Thatsache kann sich aber die Klägerin, selbst wenn sie dadurch — was in Wirklichkeit nicht der Fall — zu der auf die Muthung Helene allein berechtigten Persönlichkeit geworden wäre, nicht berufen. Denn die Activlegitimation muß stets zur Zeit der Anstellung der Klage vorhanden sein. Präj. des O.-T. 302 vom 20. December 1839. Aber auch abgesehen von diesem Rechtsgrundsatze, der schon allein die Bestätigung des ersten Erkenntnisses zur Folge haben muß, könnte der Vertrag vom 28. Mai d. J. selbst wenn sämmtliche Besitzer der 128 Kuxe demselben beigetreten wären, die Klage so, wie sie angestellt worden, nicht rechtfertigen. Denn das gewerkschaftliche Verhältniß besteht lediglich in Beziehung auf das gemeinschaftliche Eigenthum des einer Gewerkschaft gehörigen Bergwerks. Ueber das Substrat des verliehenen Bergwerkseigenthums hinaus erstreckt sich die Gewerkschaft als solche nicht. Der Zweck einer jeden Verleihung von Bergwerkseigenthum ist aber einzig und allein die Gewinnung des innerhalb eines bestimmten Bezirkes verliehenen Fossils. Dieser bestimmte Bezirk wird innerhalb der vom Gesetze gezogenen Schranken und unter Berücksichtigung anderweitig Berechtigter in einer solchen Größe abgemessen und verliehen, als zu dem Betriebe eines zusammenhängenden nutzbaren Baues erforderlich erscheint. Ueber diese Grenze hinaus stellt sich der weitere Erwerb von Bergwerkseigenthum als eine dem eigentlichen Zwecke der erst mit der Verleihung entstehenden gewerkschaftlichen Verhältnisse, nämlich der Nutzbarmachung und Ausbeutung des vorhandenen gemeinschaftlichen Vermögens, fremde Maßregel dar. Es kann daher eine solche Erweiterung nur dann als innerhalb der gewerkschaftlichen Zwecke liegend betrachtet werden, wenn das verliehene Grubenfeld nicht die gesetzlich zulässige Maximalgröße

Digitized by Google

hat, oder wenn sich innerhalb des Feldes ein anderes Fossil als das verliehene vorfindet, oder wenn die Gewerkschaft selbst mittelst ihres eigenen Grubenbetriebes einen zufälligen Fund macht. Diese drei Fälle involviren aber Erwerbungen, welche in einer so engen Beziehung zu dem bereits verliehenen Bergwerkseigenthum stehen, welche so direct durch die Nutzbarmachung des vorhandenen Vermögens bedingt werden, daß die Motive des Gesetzes vom 12. Mai 1851 ad § 18 Nr. 14 derartige Erwerbungen gewissermaßen als eine Verwaltungssache mit in die Competenz des Grubenvorstandes stellen. Weil aber außer diesen Fällen und dem der Consolidation verschiedener Grubenfelder das Gesetz überhaupt von Erwerbungen neuen Bergwerksvermögens Seitens der Gewerkschaft gänzlich schweigt, so kann nur angenommen werden, daß es solche für außerhalb der gewerkschaftlichen Competenz liegend erachtet und von diesem Prinzipe nur zu Gunsten obiger Fälle mehrere in sich begründete Ausnahmen macht. Keiner jener drei Fälle liegt hier vor, weil die Klägerin nicht selbst gefunden und Muthung eingelegt hat, sondern die Muthung Helene durch einen onerosen Vertrag erworben haben will. Wären daher dem fr. Vertrage auch sämmtliche Kuxenbesitzer beigetreten, so liegt doch der lästige Erwerb der fr. Muthung, weil er durch die Nutzbarmachung des vorhandenen, zu dem schon nach der eigenen Behauptung der Klägerin in der Maximalgröße verliehenen, Feldes weder direct erforderlich noch bedingt wird, außerhalb der gewerkschaftlichen Competenz. Wolle man das nicht annehmen, so würde der Umgehung des Gesetzes vom 1. Juli 1821 über die gesetzlich zulässige Feldesgröße Raum gegeben und überhaupt der Zweck dieses Gesetzes vollständig vereitelt werden können. Beziehen sich aber solche Erwerbungen nicht mehr auf die rechtliche Unterlage der Gewerkschaft, so kann nicht die Gewerkschaft als solche durch den Beitritt, wenn auch sämmtlicher Gewerken Rechte auf die Muthung erwerben. Es hätten vielmehr die einzelnen Gewerken für ihre Person diese Muthung acquiriren müssen. Alsdann würden sie mit Bezug auf dieselbe eine neue Gemeinschaft bilden, die, wenn sie auch aus denselben Personen wie die Gewerkschaft der Zeche Steingatt zusammengesetzt wäre, doch mit ihr in keiner Beziehung stände. Bestände aber unter den einzelnen Kuxenbesitzern eine neue Vertragsgemeinschaft, die den Character einer Gewerkschaft erst durch eine neue Belehnung mit der Muthung erlangen kann, so könnten auch nur diese einzelnen Theilnehmer klagen. Selbst wenn daher dem Vertrage vom 28. Mai cr. sämmtliche Kuxinhaber beigetreten wären, so wäre nicht die Gewerkschaft Steingatt die zu der Muthung Helene berechtigte Person geworden. Die Klage mußte daher abgewiesen, resp.

Digitized by Google

das erste Erkenntniß bestätigt werden, weil der Klägerin, der Gewerkschaft der Zeche Steingatt als solcher, das hier verfolgte Recht nicht zusteht. Es ist demnach nicht bloß die mangelnde Activlegitimation der Klägerin, welche zu diesem Resultate führt; sondern das ganze Klagefundament stellt sich als unhaltbar dar. Denn der Seitens des Gerichtsdirectors B. Namens der Gewerkschaft der Zeche Steingatt und für diese gethätigte Kaufvertrag kann, abgesehen von dem Umstande, daß die contrahirende Person die Gewerkschaft allein auch nicht vertreten konnte, nach dem Obigen nicht geeignet sein, selbst unter Beitritt sämmtlicher Gewerken, der klagenden Steinkohlenzeche als solcher irgend ein Recht auf die Muthung Helene zu verschaffen. Nur für resp. mit den einzelnen Gewerken für ihre Person konnte der Vertrag abgeschlossen werden. Dies ist nicht geschehen und deshalb dem in Rede stehenden Contracte sowie dem notariellen Acte vom 28. Mai cr. alle rechtliche Wirkung abzusprechen.

Die gegen diese Entscheidung von der Klägern erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist durch das Erkenntniß des O.-T. vom 4. Juni 1862 verworfen worden. S. 1721.

Nr. 28.

Arrest zur Sicherstellung des im Prozesse verfolgten Bergwerkseigenthums.

Die Gewerkschaften der Steinkohlenzechen B. u. W. stritten unter einander um das Vorrecht auf Beleihung gewisser Kohlenflötze. In erster Instanz war der Prozeß zu Gunsten der klagenden Zeche B. entschieden. Die Verklagte hatte jedoch appellirt und in zweiter Instanz den ihr auferlegten, mittelst offener Durchschläge zu führenden Identitätsbeweis angetreten. Während der Vornahme dieser sehr weitläufigen Beweisarbeiten brachte die Klägerin zur Sicherstellung ihres geltend gemachten Rechts an dem Streitgegenstande einen Arrest aus, welcher durch den Beschluß des Kreisgerichts zu Essen dahin angelegt wurde, daß die Verklagte die Weisung erhielt die streitigen Flötze besonders zu veranschneiden und die Belege darüber am 1. jedes Quartals zu den Akten einzureichen. Dieser Arrest ist auch in Folge des darüber neben der Hauptsache eingeleiteten besondern Verfahrens vom ersten Richter durch Erkenntniß für gerechtfertigt erklärt worden. Das Appellationsgericht zu Hamm hat diese Entscheidung auf die von der Verklagten dagegen erhobene Appellation durch das Erkenntniß vom 4. April 1859 aus folgenden Gründen bestätigt:

Digitized by Google

Es ist im vorliegenden Falle festzuhalten, daß von einem eigentlichen Arrest, wie ihn der Tit. 29 Th. I der Allg. Ger. Ord. im Auge hat, nicht die Rede ist. Es soll nicht für eine angebliche Forderung irgend ein Vermögensstück des Schuldners mit Beschlag belegt werden, vielmehr will sich Klägerin des Gegenstandes selbst, über welchen der Streit geführt wird, versichern. Es ist allerdings der Gegenstand des vorliegenden Hauptstreites zunächst nur das Recht, die in einem bestimmten Bezirke befindlichen Steinkohlen zu gewinnen. Die Steinkohlen selbst werden erst mit dem Augenblicke der Occupation Gegenstand des Besitzes, und können auch nur dann Gegenstand des Streites sein. Indeß hängt die Ausübung des streitigen Rechts so eng mit dem Rechte selbst zusammen, welches namentlich im vorliegenden Falle klar dadurch hervortritt, daß mit der Ausübung des Rechts durch Occupation der Kohlen dasselbe gleichmäßig seinem Inhalte nach verringert und zuletzt ganz vernichtet wird, daß dem Erfolge nach die streitigen Flötze selbst als Gegenstand des Streites angesehen werden müssen. Es finden demnach die Bestimmungen Anwendung, welche über die Conservirung der litigiosen Sachen gegeben sind.

In dieser Beziehung bestimmt der § 48 Tit. 7 der A. G. O.:

c) „Wird die in Anspruch genommene Sache dadurch (i. e. durch Insinuation der Klage) streitig, und ihr Besitzer darf damit keine Veränderung vornehmen, wodurch dem Gegner, wenn er den angefangenen Prozeß gewönne, ein Nachtheil erwachsen könnte. Hieraus folgt, daß eine solche streitige Sache nicht vernichtet, veräußert, abhanden gebracht, oder durch übermäßigen Gebrauch oder vernachlässigte Aufsicht verschlimmert werden dürfe...“

Schon nach dieser den Vorschriften des Allg. Landrechs § 92 ff. Tit. 14 Th. I entsprechenden Bestimmung kann der Arrestatin nicht verstattet sein, die Flötze, welche den Gegenstand des Streites bilden, nach Belieben zu bauen und zu nutzen, indem dadurch offenbar eine Vernichtung der streitigen Sache um so mehr bewirkt wird, als nach den Bestimmungen der Berg-Ordnung Alles, was der Besitzer aus einem streitigen Feld über die Hängebank gefördert hat, von diesem niemals zurückgefordert werden kann (cf. § 2 Cap. LXXX der Clev. Berg-Ord.), auch nicht behauptet werden kann, daß die Verklagten und Arrestaten sich im unstreitigen Besitz der streitigen Sache befinden. Es würde sich also schon hiermit die Anlegung eines Arrestes in der Weise, daß Arrestatin gehalten, die streitigen Flötze besonders zu bauen, oder sogar den Bau ganz einzustellen, rechtfertigen.

Im vorliegenden Falle, in welchem Arrestantin bereits ein günstiges Erkenntniß erster Instanz für sich erwirkt hat, wird die Anlegung des Arrestes noch insbesondere durch den § 6 Tit. 14 der A. G. O. gerecht-

Digitized by Google

fertigt, welcher bestimmt, daß auch ein noch nicht rechtskräftiges Erkenntniß vorläufig in Exekution gesetzt oder Sicherungsmaßregeln für dessen spätere Befolgung getroffen werden sollen:

> wenn Gefahr bei dem Verzuge ist, dergestalt, daß aus genauer und sorgfältiger Erwägung der obwaltenden Umstände sich findet, daß durch längeren Aufschub der Exekution dem appellatischen Theile ein wichtiger und unersetzlicher Schade zugefügt werden würde."

Wie sehr ein solcher unwiederbringlicher Schaden im vorliegenden Falle zu fürchten ist, liegt — wie schon oben bemerkt — in der Natur der Sache.

Es unterliegt somit keinem Bedenken, daß schon nach diesen allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen die Arrestantin in ihrem Rechte war, wenn sie eine Sicherungsmaßregel zur Erhaltung der streitigen Flötze verlangte.

Die Arrestatin hat sich darauf berufen, daß diese allgemeinen Vorschriften für Bergwerkssachen nicht anzuwenden, für welche vielmehr besondere dem Arrestantrage entgegenstehende Bestimmungen ergangen seien. Es kann jedoch überhaupt nicht anerkannt werden, daß die oben allegirten Bestimmungen für Bergwerkssachen keine Geltung hätten, vielmehr trifft sowohl das Allg. Landrecht als die hier zur Anwendung kommende Clevische Berg-Ordnung für Bergsachen Bestimmungen, welche vollkommen mit den oben allegirten harmoniren und dieselben bestätigen.

Das Allgem. Landrecht bestimmt im Tit. 16 Th. II für streitige Bergsachen:

> § 377. „In der Regel wird während der Untersuchung" — (d. h. während Vornahme der Beweisarbeiten) — „der Bau durch besonders dazu angestellte und verpflichtete Schichtmeister und Steiger fortgestellt, der dazu nöthige Vorschuß von beiden Partheien eingezogen und der Ueberschuß beim Bergamte niedergelegt."
>
> § 378. „Jedoch kann ein solcher Bau nach dem Befinden des Bergamts bis zum Austrage der Sache ganz eingestellt bleiben, ohne daß dem Gegentheile dabei ein Recht zum Widerspruche gebührt."

Nach dieser Vorschrift ist es also die Regel, daß bei Streitigkeiten über das Alter im Felde — wie hier — die streitigen Flötze unter besondere Aufsicht gestellt werden sollen. Es bedarf dazu weder einer Bescheinigung der Forderung, noch einer Besorgniß für einen Schaden. Diese Vorschrift entspricht offenbar vollständig der des § 48 der A. G. O. l. c. über litigiöse Sachen.

Eine ähnliche Bestimmung hat die hier zur Anwendung kommende Clevische Berg-Ord. in dem § 1 u. 2 Tit. LXXX, darin wird gesagt:

> § 1: „Würde in zwispaltigen Sachen, wenn Gewerke einander zu nahe ins Feld oder in die Vierung kommen, das befugte Theil Kummer und Ver-

Digitized by Google

bot auf Erz, Steinkohlen rc. bei dem Bergamte suchen, alsdann soll sich dasselbe mit einem geschworenen Markscheider zusammen thun, die Sache aufs Fleißigste erwägen, und sich erkundigen, ob der gesuchte Kummer oder Arrest zu gestatten sei oder nicht."

Die Arrestatin entnimmt hieraus, namentlich aus dem Ausdruck: „das befugte Theil," daß nur derjenige als befugt anzusehen, in dessen ihm unstreitig gehörigen Feldern ein Anderer baue. Es ist dies aber deshalb unrichtig, weil derjenige, welchem ein Feld unstreitig gehört, keinen Kummer nachzusuchen braucht, sich vielmehr sofort in Besitz setzen lassen kann. Es spricht außerdem § 1 ausdrücklich von streitigen Sachen.

Es läßt sich jedoch nicht verkennen, daß die Clevische Berg-Ord. zur Anlegung des Arrestes mehr verlangt als das Allg. Landrecht. Zur Zeit des Bestehens der Berggerichte und deren Verbindung mit dem Bergamte, welcher Zeit die Berg-Ord. angepaßt ist, sollte das Letztere eine fleißige Untersuchung eintreten lassen. Jetzt tritt das Gericht an Stelle des Bergamts und hat eine solche Untersuchung vorzunehmen.

Die Gesichtspunkte, von welchen aus dieselbe Statt finden soll, gibt die Clevische Berg-Ordnung nicht. Es erscheint daher gerechtfertigt, wenn bei der Beurtheilung, ob ein Kummer anzulegen sei, die Bestimmungen, welche über das Arrestverfahren gegeben werden, zum Maßstabe genommen werden. Wenn es nun auch zweifelhaft erscheinen mag, ob ein eigentlicher Arrest im Wege des Arrestprozesses noch nach Erlaß des ersten Erkenntnisses nach den Bestimmungen des Tit. 29 der Pr. O. ausgebracht werden kann, so unterliegt doch die analoge Anwendung jener Bestimmungen auf den vorliegenden Fall keinem Zweifel insofern, als der Vorschrift des § 1 l. c. der Berg-Ord. gemäß die Anlegung eines Berg-Arrestes gerechtfertigt erscheint, wenn dafür sogar die Erfordernisse für Anlegung eines gewöhnlichen Arrestes erbracht sind. — Zur Anlegung eines Arrestes erfordert der § 48 Tit. 29 der Allgem. Prozeß-Ordnung, daß der Implorant

1) „seine Forderung durch unverdächtige Urkunden oder auf andere Art, wenigstens einigermaßen bescheinigt;
2) eine wahrscheinliche Besorgniß nachweist, daß, wenn dem Schuldner die fernere freie Disposition bis zum Austrage der Hauptsache verbliebe, ihm, dem Gläubiger das Objekt seiner Sicherheit und Befriedigung entzogen werden möchte."

Dieselben Erfordernisse verlangt der § 92 Tit. 14 Th. I des Allg. Landrechts für die Sequestration, in welcher Form der Arrest im vorliegenden Falle auftritt.

Das Dasein einer wahrscheinlichen Besorgniß liegt offenbar in der

Digitized by Google

Natur der Sache selbst, indem nach den Bestimmungen des A. L. R. und der Berg-Ord. (cf. § 380 Tit. 16 Th. II des A. L. R. und § 2 Tit. XXXX der Berg-Ord.) Alles was Arrestat aus dem streitigen Felde über die Hängebank fördert, sein ist und bleibt. Unbestritten ist er aber seit Jahren im streitigen Gebiet am Fördern. Der von ihm behauptete Umstand, daß er keine Ausbeute baue, ist an sich unerheblich. Er ist aber außerdem durch Nichts bescheinigt, wie solches der § 64 Tit. 29 der Pr. Ord. verlangt.

Was sodann die Bescheinigung der Hauptforderung betrifft, so muß dem Arrestaten darin Recht gegeben werden, daß die Bescheinigung nicht allein deshalb als erbracht anzunehmen ist, weil der erste Richter zu Gunsten der Arrestantin erkannt hat. — Die Bescheinigung ist als ein vorläufig angetretener Beweis anzusehen, und muß durch solche Beweismittel geführt werden, die an sich schon einen vollständigen Beweis geben würden, wenn nicht gesetzlich bestimmte formelle Hindernisse noch zu beseitigen wären. Ein solches Beweismittel ist ein rechtskräftiges Erkenntniß allerdings nicht. Dadurch übrigens, daß Arrestantin sich auf das Erkenntniß als Bescheinigungsmittel bezogen hat, hat sie sich ebenso auf den Tenor der Entscheidung als auf die Gründe derselben gestützt. Nach Inhalt der Gründe und der im Hauptprozeß geführten Verhandlung ist aber das Recht des Arrestanten als bescheinigt im Sinne des Gesetzes anzunehmen. Die Klägerin hat dort einen Muthschein und ein Augenscheinsprotokoll des Königlichen Bergamts vom 19. April 1842 resp. 15. Juli 1842 producirt. Nach denselben hat sie die hier streitigen Flötze rite gemuthet und an den im Muthscheine bezeichneten Fundpunkten den Fund dem Bergamte vorgezeigt. Es sind dies die wesentlichen gesetzlichen Momente, unter welchen ein Bergwerkseigenthum erworben wird, und wird deren Erwerb nur dann ausgeschlossen, wenn ein anderer bereits ältere Rechte hatte. — Diese älteren Rechte hat ein solcher jedoch nachzuweisen und gilt bis zu deren Nachweis der Muther als Berechtigter. Die Klägerin muß daher im vorliegenden Falle so lange als die Berechtigte angesehen werden, bis Verklagte den angetretenen Gegenbeweis geführt hat. Bis zu diesem Zeitpunkte hat sie ihr Recht jedenfalls durch die oben angegebenen Dokumente genügend bescheinigt. Somit hat Arrestantin allen Erfordernissen, welche in gewöhnlichen Fällen für die Anlegung eines Arrestes verlangt werden, entsprochen. Es erscheint daher unter allen Umständen, mag man von den verschiedensten Grundsätzen bei Anlegung des Arrestes ausgehen, die Verfügung, durch welche der Arrest in der beantragten Weise verhängt wurde, gerechtfertigt.

W. 572.

Digitized by Google

Glossen zum Allgemeinen Land-Recht.

Von Dr. J. A. Gruchot.

Allgemeines Land-Recht Th I Tit. 9.

Von der Erwerbung des Eigenthums überhaupt und den unmittelbaren Arten derselben insonderheit.

(Fortsetzung.)

Dritter Abschnitt.

Von gefundenen Schätzen.

Köchy, civilist. Erört. Nr. 7 (Leipzig 1797). — F. Ortloff, Comment. jur. Rom. de thesauris (Erlang. 1818). — W. Sell, Versuche im Gebiete des Civil-Rechts. Th. I (Gießen 1833) Abh. 3: „Ueber das Finden der in beweglichen Gegenständen befindlichen Sachen," desgl. ebendas. Abh. 4: „Auf welche Weise erwirbt der Finder ein Recht an der gefundenen Sache, namentlich an dem Schatze, und welches Recht erlangt er an demselben?" — Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum Abth. II (Heidelb. 1858) Tit. 2 Von der Schatzfindung. S. 81 f.

„Der dritte Abschnitt geht auf Sachen, bei denen der animus non derelinquendi feststeht: auf gefundene Schätze. Hier hat mehr die Sache den Herrn, als der Herr die Sache verloren." [1])

Heydemann, Einleit. in das Syst. des Preuß. Civilr. I S. 42.

Begriff.

§ 74. 1. Paulus l. 31 § 1 D. de acq. rer. dom. (41, 1): Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat. Sic enim fit ejus, qui invenerit, quod non alterius sit. Alioquin si quis aliquid vel lucri causa, vel metus, vel custodiae condiderit sub terra, non est thesaurus; cujus etiam furtum fit. [2])

l. un. C. de thesaur. (10, 15) ... thesaurum id est condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia.

---

1) Cassiodor. var. 6, 8 t. 1 p. 101: Depositaeve pecuniae, quae longa vetustate competentes dominos amiserunt.

2) Pagenstecher a. a. O. S. 81, 82 commentirt diesen Ausspruch des röm. Juristen dahin: Das „Alter" der Deposition läßt sich nicht scharf bestimmen, ist also kein ächtes Rechtserforderniß. Ebenso verhält es sich mit der „Depo-

Digitized by Google

Christ. de Wolff, instit. jur. nat. et gent. (Hal. 1750) § 228. Thesaurus sunt res mobiles, praesertim pretiosae, vel pecunia, abditae, quarum dominus ignoratur. Cum impossibile sit, ut exploretur, quinam res in loco abscondito deposuerit, per hypothesin thesaurus habendus pro re nullius, consequenter naturaliter est inventoris ...

Oesterreich. bürg. Gesetzbuch § 398. „Bestehen die entdeckten Sachen in Geld, Schmuck oder anderen Kostbarkeiten, die so lange im Verborgenen gelegen haben, daß man ihren vorigen Eigenthümer nicht mehr erfahren kann, dann heißen sie ein Schatz" ...

Code civil art. 716 „... Le trésor est toute chose cachée ou enfouie, sur laquelle ne peut justifier sa proprieté, et qui est découverte par le pur effet du hasard."

Entwurf eines bürg. Gesetzbuchs für das K. Sachsen von 1860 § 244. „Werden eingemauerte, vergrabene oder sonst verborgene Sachen entdeckt, deren Eigenthümer wegen der Länge der Zeit nicht mehr ausgemittelt werden kann, so erwirbt der Finder mit deren Besitzergreifung das Eigenthum derselben ..." [1])

2. Ueber die Voraussetzungen, unter denen eine gefundene Sache als Schatz und nicht als eine verlorene Sache anzusehen ist, sprechen sich aus:

---

sition," die durchaus nicht mit „Depositum" verwechselt werden darf; nicht braucht erweislich zu sein, daß Jemand hinterlegt habe. „Vermögen," pecunia, sind geldwerthe körperliche Sachen. „Unvordenklicher Herkunft," „cujus non extat memoria:" „cujus" geht auf die Deposition, ist aber auf das Vermögen mitschlüssig; die Münzen, bei Geldschätzen, können kourant und bekannt sein; „vetus" bewährt sich durch diesen Nebensatz als unbestimmbar nach Zeitdauer; der Sinn des Nebensatzes liegt im Folgenden: der Eigenthümer (Deponent) ist unerweislich und unvordenklich, also können auch dessen Erben nicht klagend auftreten, denn der Beweis des Eigenthums liegt dem Vindikanten ob. Daraus folgt nun keineswegs Eigenthum des Finders; nicht ist derjenige nothwendig Eigenthümer, gegen welchen als den Besitzer die Eigenthumsklage nicht zusteht; überdieß ist das thatsächlich Unbeweisbare immerhin noch ein rechtlich Zuständiges. Aber die positive Rechtssatzung erklärt den Finder zum Eigenthümer, und jedenfalls Paulus gründet dieß auf eine praktische Herrenlosigkeit der Sache. Demnach ist der Schatzfinder kein Okkupant, aber Eigenthum erwirbt er nach Analogie des Okkupanten.

Göschel, Zerstreute Blätter I S. 301 macht auf die Beschreibung des röm. Rechts vom Schatze in der l. 31 § 1 cit. und auf die Definition des kanon. Rechts von der Immemorialverjährung aufmerksam

— tanti temporis praescriptio, cujus contraria memoria non existat cap. 1 de praesct. in Sexto —

um theils den Zusammenhang zu erkennen, welcher in dem verwischten Vorbesitze liegt — cujus memoria non exstat — theils den Unterschied zu finden; denn beim Schatze macht der Fund einen neuen Anfang des Besitzes, während die Immemorialverjährung keinen Anfang hat; durch letztere wird nicht erworben, sondern das Erworbene erhalten; sie geht nicht bis zum ersten Akt der Besitznahme zurück, sie erfordert außer dem Besitze noch Zeit und lange Zeit.

1) In den speciellen Motiven dazu (S. 650, 651) wird bemerkt:

a) In § 244 hat mit den Worten: „eingemauerte, vergrabene oder sonst verborgene Sachen, deren Eigenthümer wegen der Länge der Zeit nicht mehr ausgemittelt werden kann" das ausgedrückt werden sollen, was man gemeinrechtlich mit dem Ausdrucke „Schatz," „thesaurus" begreift. Von

Digitized by Google

Berger, oecon. jur. Lib. II tit. II cap. XIII not. 1: Tempus, cujus non extat memoria sive vetustius, annis in jure non definiri. At pecunia, ex cujus forma constat, eam intra 10 vel 20 annos fuisse depositam, tanquam thesaurus, retiniri nequit, etsi, a quo recondita sit, ignoretur. Carpzov 2. 53 d. ult. Ita respondit Fac. Vitemb. M. Junio 1696.

W. Sell a. a. O. S. 151 f.: Die Gesetze stellen für den Schatz vier Requisite auf:

1. eine bewegliche, werthvolle Sache (pecunia, mobilia, monilia),
2. welche seit längerer Zeit verborgen oder versteckt ist [1]) (tempore vetustiore condita, vetus quaedam depositio, cujus non extat memoria);
3. so daß man deren Eigenthümer nicht mehr kennt, — welche also insofern keinen Eigenthümer mehr hat (ut jam dominum non habeat) und darum
4. dem Finder als herrenlos zufällt (sic enim fit ejus, qui invenit, quod non alterius sit); — nur mit der Modification, daß dem Eigenthümer der Sache, worin der Schatz sich befunden, die Hälfte gehört. ...

Ebendas. S. 155 f.: Wann sind aber die Gegenstände alt? Eine durchgreifende Regel läßt sich nicht geben. Nach l. 31 § 1 D. de acq. rer. dom. bestimmt sich das Alter mit Rücksicht darauf, daß der wahre Eigenthümer durch die Länge der Zeit des Verborgenseins unbekannt geworden ist. Die concreten Verhältnisse müssen hierbei entscheiden. .... Immer

---

dem Gebrauche des Wortes „Schatz“ hat man abgesehen, um nicht zu dem Mißverständnisse, welches dieses Wort bereits einmal in unserer Gesetzgebung veranlaßt hat, nochmals Anlaß zu geben.

b) Nach dem § 244 besteht der leitende Gedanke darin, daß der Eigenthümer der Sache wegen der Länge der Zeit nicht mehr auszumitteln ist. Hieraus folgt, daß es für die Bestimmung des Begriffes eines Schatzes keinen Unterschied macht, ob die Sache von dem Eigenthümer absichtlich verborgen worden, oder ob die Verbergung eine Folge des Zufalles, z. B. eines Erdbebens, eines Brandes, einer Wasserfluth, gewesen ist; wie denn auch, wenn der Eigenthümer wegen der Länge der Zeit unbekannt ist, schwer zu bestimmen sein wird, ob bei der Verbergung Absicht oder Zufall obgewaltet habe. Wenn im römischen Rechte mit den Worten: „depositio quaedam pecuniae“ ein absichtliches Verbergen als nothwendiges Erforderniß des Begriffes „Schatz“ angezeigt worden sein sollte, so würde dieß durch das Gesetzbuch abgeändert worden sein.

c) Das Auffinden des Schatzes setzt nicht etwa voraus, daß die Sache zu der Zeit, wo sie aufgefunden wird, noch besonders verborgen ist; vielmehr ist unter den sonstigen Voraussetzungen ein Schatz selbst dann vorhanden, wenn derselbe frei zu Tage liegt, und es wird derselbe durch Besitzergreifung erworben.

1) Mit dem Begriffe des Verbergens oder Versteckens wird es indessen nach den Gesetzen so strenge nicht genommen werden müssen. Ueberhaupt werden wohl nach der Natur der Sache auch solche Gegenstände unter den Begriff des Schatzes fallen müssen, bei welchen sich ein absichtliches Verstecken oder Verbergen gar nicht nachweisen läßt, wenn nur die übrigen Requisite des Schatzes vorhanden sind. Z. B. es werden in einem fundus, einem Mauerwerk alte Münzen, nicht verschlossen, sondern einzeln zerstreut gefunden, so daß man nicht weiß, ob sie absichtlich dahin gelegt, oder ohne Absicht dahin gekommen sind; ebenso wenn man auf einem alten Schlachtfelde Geld oder andere Gegenstände, z. B. Waffen, findet, von denen man doch wohl schwerlich behaupten kann, sie seien während des Schlachtgetümmels in die Erde verborgen worden.

Digitized by Google

aber müssen nach den Gesetzen die Sachen alt sein, diesen Ausdruck nach den individuellen Verhältnissen genommen. Denn wollte man auf das Alter der Sachen (und somit auf die Dauer des Verborgenseins derselben) kein Gewicht legen, so würde man nothwendig zu dem Endresultat kommen, eine jede gefundene Sache, deren Eigenthümer sich nicht mehr ausmitteln läßt, für einen Schatz zu halten; — im directen Widerspruche mit den Gesetzen, welche in allen Definitionen des thesaurus das Alter und die Länge der Zeit des Verborgenseins so bestimmt hervorheben, und den Schatz so genau von bloß verlorenen verlegten Sachen und dergl. unterscheiden. ...[1])

Delbrück in v. Gerber's und Ihering's Jahrbüchern Bd. 3 S. 20, 21: Zuweilen wird es zweifelhaft sein, ob eine gefundene Sache als Schatz oder als eine verlorene Sache anzusehen ist. Dann entscheiden folgende Rücksichten. Ein Schatz ist jederzeit eine Sache von Werth, die verborgen liegt, ja man wird in der Regel voraussetzen können, daß ein Schatz durch menschliche Thätigkeit dahin gebracht worden, wo er sich findet, während es bei verlorenen Sachen nicht auf den Werth ankommt und sie durch Zufall an einen Ort gerathen, der meist nichts weniger als verborgen ist.[2]) Indeß wird man mit diesen Unterscheidungsmerkmalen nicht immer auskommen, denn einerseits kann auch eine verlorene Sache werthvoll und verborgen, und andererseits kann auch ein Schatz durch Zufall dahin gerathen sein, wo er verborgen liegt. Dann kommen weitere Erwägungen in Betracht. Der Schatz ist ein seit langer Zeit verborgener Gegenstand, dessen Eigenthümer nicht mehr zu ermitteln ist, bei einer verlorenen Sache gilt umgekehrt die Annahme, daß sie neuerdings verloren gegangen und der Eigenthümer noch zu ermitteln ist. Ob im gegebenen Falle die eine oder die andere Annahme Platz greift, hängt von den Umständen ab. Hierher gehört l. 67 D. de R. V. (6, 1).[3]) Ein ähnlicher Fall, wenn etwa ein Ring beim Pflügen oder Roden gefunden wird. Hat er offenbar

1) Man könnte wohl hier die Frage aufwerfen: Sind Münzen, etwa mit dem Bilde Napoleons, welche jetzt auf dem Schlachtfelde bei Jena oder Leipzig gefunden werden, als Schatz zu betrachten? Der Verfasser würde diese Frage bejahen. Denn hier wird nach dem Verlauf so mancher Jahre, und mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des concreten Falles gewiß mit Recht ein tempus longius angenommen werden können. In dem Unbekanntsein des Eigenthümers der gefundenen Sache allein kann aber das Alter noch nicht gelegen sein, oder m. a. W. das Unbekanntsein des Eigenthümers allein, ohne eine vetus depositio, genügt nicht zum Begriffe des Schatzes. Denn würde man es etwa im Geiste des röm. Rechts einen Schatz nennen können, wenn Soldaten beim Beerdigen der Todten nach beendigter Schlacht in dem Boden des Schlachtfeldes Geld finden (natürlich nicht alte vergrabene Münzen), dessen Eigenthümer sich nicht ermitteln läßt? Wird hier dem Eigenthümer des fundus die Hälfte des gefundenen Geldes zuzusprechen sein? Die Verneinung dieser Frage mag wohl ziemlich allgemein erfolgen.

2) § ult. J. de R. D. (2, 1): quae de rheda currente cadunt. l. 43 § 4 D. de furtis (47, 2): alienum quid jacens. l. 3 pr. D. de incend. (47, 9): quod de vehiculo exciderit.

3) (Scaevola) A tutore pupilli domum mercatus, ad ejus refectionem fabrum induxit; is pecuniam invenit. Quaeritur, ad quem pertineat? Respondi: si non thesauri fuerunt, sed pecunia forte perdita, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablata, nihilominus ejus eam esse, cujus fuerat.

Digitized by Google

sehr lange schon dort gelegen, so wird man ihn als Schatz zu behandeln haben, sonst als verlorene Sache.

3. Gehört zu den Voraussetzungen, unter denen eine Sache als Schatz zu behandeln ist, auch die, daß dieselbe in einer unbeweglichen Sache („über oder unter der Erde") verborgen gefunden worden ist?

W. Sell a. a. O. (S. 145—169), wo diese Frage gründlich behandelt ist, hält bei dem Vorhandensein der oben gedachten Schatzrequisite die über den Schatzerwerb geltenden Grundsätze auch auf die in beweglichen Gegenständen gefundenen Sachen für anwendbar. Gleicher Ansicht ist Pagenstecher a. a. O. S. 88—90.[1]) Auch der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das K. Sachsen von 1860 hat sich dieser Meinung angeschlossen, indem zu dem oben Nr. 1 angeführten § 244 in den Motiven S. 651 bemerkt ist:

> Im gemeinen Rechte herrscht eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob blos solche anscheinend Niemandem gehörige Gegenstände, welche im Grund und Boden, oder auch solche Gegenstände als „Schatz" zu betrachten sind, welche in beweglichen Sachen, namentlich in Behältnissen, z. B. Schränken, Commoden ꝛc. gefunden werden. (Man vergl. Pagenstecher a. a. O., zweite Abtheilung, S. 88 fg.) Wie sich aus der oben angezogenen Const. 53, P. II ergiebt, hat man in Sachsen den Begriff des „Schatzes" auf die in Grund und Boden aufgefundenen Sachen beschränkt. Das Gesetzbuch extendirt diesen Begriff auch auf Depositionen in Mobilien, wie insbesondere daraus erhellt, daß nicht von dem Eigenthümer des Grundstückes, sondern von dem Eigenthümer der Sache, in welcher der Schatz aufgefunden wird, die Rede ist.

Das Preußische Landrecht hat (gleich dem Oesterreichischen Gesetzbuche) diese Streitfrage nicht direct entschieden.[2]) Es spricht allerdings in seiner Begriffsbestimmung (§ 74) ganz allgemein von Sachen,

---

1) Abweichend von Böcking, Pandekten § 150 Note 31, woselbst bemerkt ist: „Solche Depositionen in Mobilien fallen nicht unter den Begriff des thesaurus." Vergl. auch Puchta (Vorles. I S. 303), welcher sich dahin ausspricht, daß die Bestimmung über das Anrecht des Grundeigenthümers am Schatze eine singuläre ist, die nicht ausgedehnt werden darf, namentlich nicht auf das Finden in einer beweglichen Sache.

2) Ebenso wenig der Code civil. In Betreff des letzteren bemerkt jedoch Zachariä von Lingenthal, Handbuch des Französ. Civilrechts Bd. I § 200 Note 5: Die im Art. 716 enthaltene Definition eines Schatzes beschränkt den Begriff nicht auf Sachen, die auf einem Grundstücke gefunden werden. Wenn nun auch die erste Periode des Art. 716 nur von einem Schatze spricht, der auf einem Grundstücke gefunden wird, so dürfte doch der Artikel auch auf die — seltneren — Fälle anwendbar sein, da ein Schatz in einer beweglichen Sache gefunden wird. Eadem est ratio. Der Artikel hat den gewöhnlichen Fall vor Augen. ...

Digitized by Google

„die über oder unter der Erde verborgen liegen," hat jedoch, wie der § 98 d. T. klar ergibt, unter den ersteren nur die in einer Superficies (also einem Theile des Grund und Bodens) verborgenen Schätze verstanden. Mit Recht wird daher die Frage:

> ob die landrechtlichen Vorschriften über den Schatzerwerb auch dann zur Anwendung kommen, wenn Jemand in einer beweglichen Sache verborgene Sachen findet, von deren Vorhandensein der Eigenthümer der beweglichen Sache nichts wußte,

von Bornemann (Systematische Darstellung des Preuß. Civilr. II S. 24, 25) verneint. [1])

---

1) In der Jurist. Zeitung 1833 S. 587 wird als Examenfrage aufgestellt: „Cajus schickt seinen Bedienten Sejus zum Kaufmann Sempronius nach Kreide. Sejus holt ein Stück, läßt es unterwegs fallen und findet unter den Trümmern desselben einen kostbaren Stein. Cajus verlangt nun diesen als Eigenthümer des Stückes Kreide, Sejus als Finder, Sempronius, weil er nur die Kreide, nicht den Stein verkauft hat, und endlich der Fiskus, weil der Stein herrenlose Sache sein soll. Wer hat ihn rechtmäßig zu bekommen?"

Man könnte, um den Examinanden vollends in Verwirrung zu bringen, noch einen fünften Prätendenten auftreten lassen, nämlich den auf die Hälfte des Edelsteines Anspruch machenden Eigenthümer des Bodens, auf welchem die Kreide in Trümmer gegangen und demnächst der Stein gefunden worden ist.

Als Seitenstück möge ein von W. Sell a. a. O. S. 166 f. mitgetheilter wirklicher Rechtsfall angeführt werden:

> Drei Geschwister, zwei Brüder A und B und eine Schwester C beerben gemeinschaftlich ihre Großmutter. Die Schwester C erhält bei der Erbtheilung eine Kiste, welche sie gegen einen Schrank an den Bruder A vertauscht. Während einer Reise stellt A die Kiste zu seinem Bruder B. Dieser findet in einem verborgenen Fach derselben 600 fl. (Die Kiste ist weder alt, noch die Münzen von altem Gepräge). Der zurückkehrende Bruder, welcher von diesem Funde Kenntniß erhalten, verlangt die ganze Summe als accessorium der Kiste für sich; der Finder will aber höchstens die Hälfte der Summe herausgeben, weil er auf die andere Hälfte als Finder eines Schatzes Anspruch macht, während die Schwester $^1/_3$ der Summe fordert, weil das Geld als eine nicht getheilte Erbschaftssache zu betrachten sei, da die Vermuthung dafür streite, daß die Großmutter (eine reiche und geizige Frau) das Geld in der Kiste, in deren Besitz sie lange gewesen war, verborgen habe. — Dieser letzte Gesichtspunkt wurde bei der Entscheidung als der überwiegende betrachtet.

Eine ähnliche Entscheidung findet sich in Carpzov, definit. for. P. II const. 53 def. 10. Vergl. auch Perez, praelect. in Cod. Lib. X tit. 15 (de thesauris) 9, 10.

Digitized by Google

4. Ist das in der Erde gefundene Gerippe eines urweltlichen Thieres nach den Grundsätzen von Schatz zu behandeln? — Nein; denn Schatz ist immer nur eine herrenlos gewordene Sache, eine Sache, die ihren Herrn verloren hat. Ebendeshalb gehören auch Naturschätze nicht hierher (§ 106 d. T.), z. B. werthvolle Versteinerungen, Bernsteinlager. [1])

---

§ 75. Diese Vorschrift ist auch in das Oesterreichische Gesetzbuch übergegangen, welches im § 395 bestimmt:

> „Werden vergrabene, eingemauerte oder sonst verborgene Sachen eines unbekannten Eigenthümers entdeckt; muß die Anzeige, so, wie bey dem Funde überhaupt, gemacht werden."

und im § 398 noch die das Civilrecht gar nicht berührende Vorschrift hinzufügt:

> „... Die Entdeckung eines Schatzes ist von der Obrigkeit der Landesstelle anzuzeigen,"

welche darin ihren Grund hat, daß nach § 399 der dritte Theil des Schatzes zum Staatsvermögen gezogen wird.

Der Entwurf eines bürg. Gesetzbuchs für das K. Sachsen verpflichtet dagegen im § 244 nur den Finder eines in einer fremden Sache verborgenen Schatzes:

> „dem Eigenthümer binnen drei Tagen Anzeige von der Besitzergreifung zu machen"

und knüpft daran im § 248 das Präjudiz:

> „... hat der Finder die ihm obliegende Anzeige in der bestimmten Zeit an den Eigenthümer der Sache unterlassen, so erwirbt der Letztere auch das Eigenthum, soweit es sonst dem Finder zugefallen wäre." [2])

---

§ 76. Nach dem Entwurfe eines bürg. Gesetzbuchs für das Königr. Sachsen § 249 [3]) besteht weder für den Finder, noch für den Grundeigenthümer eine rechtliche Verpflichtung, zur Ermittelung des unbekannten Eigenthümers der aufgefundenen Sache ein öffentliches Verfahren auszubringen. Insofern nicht die nach § 249 lediglich auf Antrag bewirkte öffentliche Bekanntmachung in kürzerer Frist eine

---

1) Vergl. Koch, Comment. des Allg. Landr. I S. 436.

2) Nach röm. Recht braucht der Finder dem Grundeigenthümer keine Anzeige zu machen, ausgenommen, wo der Fiskus berechtigt ist, in welchem Falle ihm das Gesetz die Anzeigepflicht bei Strafe der Erstattung des Ganzen und überdies seines Werthes auferlegt. l. 3 § 11 D. de jure fisci (49, 14). Puchta, Vorles. I S. 303.

3) „Wer nach §§ 244 bis 248 ein Recht auf die entdeckten Sachen hat, kann eine öffentliche Aufforderung zur Ausschließung der sonst etwa Berechtigten beantragen. Bei deren Erfolglosigkeit tritt Ausschließung der Letzteren ein."

Digitized by Google

Präclusion herbeiführt, wird der Schatz, wie jede andere bewegliche Sache durch Ersitzung erworben (Motive S. 651, 652).

Das Oesterr. Gesetzbuch enthält zwar in Beziehung auf verborgene Gegenstände unbekannter Eigenthümer im § 397 die Bestimmung:

> „In dem Falle, daß sich der Eigenthümer nicht sogleich erkennen läßt, muß die Obrigkeit nach den Vorschriften der §§ 390—392 (betreffend das Finden verlorener Sachen) verfahren"

wiederholt dieselbe jedoch nicht in Ansehung der im § 398 als Schatz bezeichneten Sachen, so daß man annehmen muß, daß ihm das Aufgebot von Schätzen fremd ist. Eine richterliche Präclusion der Rechte unbekannter Eigenthümer gefundener Sachen kennt dasselbe überhaupt nicht. (Vergl. § 392 s. oben S. 453.)

---

§ 77. Ein Grundeigenthümer findet auf seinem Grundstücke, das er seit länger als 30 Jahren besitzt, einen Schatz, der schon seit länger als 30 Jahren dort gelegen. In Folge des erlassenen Aufgebotes meldet sich der Eigenthümer des Schatzes.

Hat dieser sein Recht durch Verjährung verloren?

Nein, weil der Schatz vor seiner Auffindung noch gar nicht im Besitze des Grundeigenthümers war. Allerdings befand er sich auch nicht im Besitze des Schatzeigenthümers, so daß dieser sich auf die Vorschrift des § 504 d. T.[1]) nicht berufen kann. Allein die Erlöschung der Eigenthumsrechte tritt in Folge der Unterlassung ihrer Ausübung nur dann ein,

a) wenn ein Anderer das Eigenthum durch Verjährung erwirbt,
b) wenn die Eigenthumsklage gegen den Besitzer der Sache verjährt ist.

Beide Verjährungsarten beginnen aber immer erst mit dem Augenblicke, wo die Sache in fremden Besitz gelangt.[2])

---

1) „Rechte des Eigenthums erlöschen nicht durch die Unterlassung des Gebrauchs, solange die Sache oder das Recht, welche den Gegenstand des Eigenthums ausmachen, in dem Besitze des Eigenthümers sich befindet."

2) Vergl. Paul. l. 3 § 3 D. de acq. v. am. poss. (41, 2): Neratius et Proculus solo animo non posse nos acquirere possessionem ajunt, si non antecedat naturalis possessio. Ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simulatque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. Ceterum quod Brutus et Manilius putant, eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum. Is enim, qui nescit, non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat; sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. Quidam

Digitized by Google

Hiermit stimmt auch ein Erkenntniß des O.-T. zu Stuttgart vom 17. December 1847 überein:

Da seit dem Tode des Erblassers der Kläger, als des angeblichen Eigenthümers des vom Beklagten gefundenen Geldes, bis zur Anstellung der Klage mehr als 30 Jahre verflossen sind, so hat der Beklagte die Einrede der Verjährung vorgebracht. Allein die Rechtsverletzung, wodurch jedes Klagerecht bedingt ist, trat hier erst dann ein, als das Geld in fremden Besitz kam, und dies war so lange, als dasselbe unentdeckt in der Mühle verborgen lag, nicht der Fall (Savigny, System B. 5 S. 283, Besitz 5. Aufl. S. 217). Das Klagerecht der Kläger entstand somit erst im Jahr 1840, weshalb von einer Verjährung der Klage nicht die Rede sein kann. Seuffert, Archiv Bd. 4 Nr. 9.

---

§ 79. 1. Pagenstecher a. a. O. S. 82 Note 1: Die geläufigere Ansicht der deutschen Reichsjurisprudenz ging dahin, wer die „Schatzeigenschaft" des Fundes behaupte, habe dieselbe zu beweisen. Jener Beweis sollte durch Immemorialverjährung geführt werden, wobei für Geldschätze besonders das Alter der Prägung entschied. Vergl. den Marburger Fakultätsspruch im J. 1739 bei v. Cramer, Wetzlarsche Nebenstunden 52 Nr. 6 S. 63—79.

2. Die richterliche Thätigkeit ist geendet, sobald der Richter nach *gehöriger* Prüfung zu der Ueberzeugung gelangt, daß der Schatz seit *einem* Jahrhundert verborgen gewesen. Denn es treten somit die Rechte des Finders bez. des Grundeigenthümers an dem Schatze sofort in Wirksamkeit, weil bereits feststeht, daß der Eigenthümer des Schatzes nicht auszumitteln ist, mithin die Voraussetzung des § 81 vorliegt. Davon daß der Richter das Ergebniß seiner Prüfung in einem förmlichen Erkenntnisse ausspreche, kann um so weniger die Rede sein, als jedes Erkenntniß ein formelles richterliches Verfahren als seine Grundlage voraussetzt, ein solches aber hier gar nicht statt findet.

Rechte des Finders und des Eigenthümers, auf dessen Grunde ein Schatz gefunden worden.

§§ 81, 82. 1.

§ 39 J. de rer. div. (2, 1): Thesauros, quos quisque in loco suo invenerit, Divus Hadrianus, naturalem aequitatem secutus, ei concessit,

---

putant Sabini sententiam veriorem esse, nec alias eum, qui scit, possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra; quibus consentio.

Papinian. l. 44 pr. eod.: ... Si alius in meo condidisset, non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuissem. Vergl. Gustav Lenz, das Recht des Besitzes und seine Grundlagen (Berlin 1860) S. 154 f.

Digitized by Google

qui invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro, aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit: dimidium inventori, dimidium domino soli concessit. Et convenienter si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit. Cui conveniens est, ut si quis in fiscali loco, vel publico, vel civitatis invenerit: dimidium ipsius esse, dimidium fisci, vel civitatis.

l. un. C. de thes. (10, 15): .... in suis quidem locis unicuique, dummodo sine sceleratis ac puniendis sacrificiis, aut alia qualibet arte legibus odiosa, thesaurum (id est condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia) quaerere, et invento uti liberam tribuimus facultatem ... Quod si forte vel arando, vel alias terram alienam colendo, vel quocunque casu, non studio perscrutandi, in alienis locis thesaurum invenerit, id, quod repertum fuerit, dimidia retenta, altera dimidia data, cum locorum domino partiatur ...

Callistr. l. 3 § 10 D. de jure fisci (49, 14): Si in locis fiscalibus, vel publicis, religiosisve [1]) aut in monumentis thesauri reperti fuerint, Divi Fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his fisco vindicaretur; item si in Caesaris possessione repertus fuerit, dimidiam aeque partem fisco vindicari.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 399. „Von einem Schatze wird der dritte Theil zum Staatsvermögen gezogen. Von den zwey übrigen Drittheilen erhält Eines der Finder, das andere der Eigenthümer des Grundes ..."

Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Königr. Sachsen von 1860 § 244: „Werden eingemauerte, vergrabene oder sonst verborgene Sachen entdeckt, deren Eigenthümer wegen der Länge der Zeit nicht mehr ausgemittelt werden kann, so erwirbt der Finder mit deren Besitzergreifung das Eigenthum derselben. Werden sie in einer fremden Sache entdeckt, so fallen sie, mit der Besitzergreifung durch den Finder, diesem und dem Eigenthümer der Sache zu gleichen Theilen eigenthümlich zu ..."

Code civil art. 716. „La proprieté d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds: si le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a découvert, et pour l'autre moitié au proprietaire du fonds.

2) Ueber den Rechtsgrund, vermöge dessen der Finder den Schatz erwirbt, sprechen sich aus:

W. Sell a. a. O. S. 180—183. Die Erwerbung des Schatzes gründet sich beim inventor auf die Occupation einer herrenlosen Sache. Der Schatz ist aber eine Sache, die seinem Begriffe nach im Eigenthum eines Menschen gewesen sein muß. Es fragt sich daher: wie ist der Schatz eine herrenlose Sache geworden? Dies ist nur durch Dereliction möglich.

1) Ueber den Widerspruch dieser Stelle mit § 39 l. cit. rücksichtlich des in loco sacro aut religioso gefundenen Schatzes vergl. Arndts Lehrbuch der Pand. § 154 Anm. 5. Seuffert, prakt. Pandekten-Recht I. § 130. Puchta, Vorles. § 154. Böcking, Instit. II, 1 S. 130. Göschen, Vorles. II S. 168.

Digitized by Google

Allein dazu gehört der animus dereliquendi und dieser fehlt gerade beim Schatz, weil aus dem sorgfältigen Einschließen, Verwahren und Verbergen unter der Erde oder an einem schwer aufzufindenden Orte vielmehr die Vermuthung für das Gegentheil sehr deutlich hervorgeht. Es bliebe daher nur übrig, daß man auch gegen den Willen der verbergenden Person und deren Nachkommen den animus derelinquendi fingirte. Allein es fehlt an einem Gesetze, welches eine solche Fiction vorschreibt. Doch die Gesetze haben einmal beim Schatz dem Finder, bezügl. dem dominus fundi das Eigenthum zugesprochen und es ist darum ohne praktische Wichtigkeit, wenn wir den Grund dafür nicht vollständig aufzufinden vermögen, wenn und sofern nur alle gesetzlichen Requisite des Schatzes vorhanden sind.

Leist, Civilistische Studien auf dem Gebiete der dogmatischen Analyse Hft. III (Jena 1859) S. 115 ff.: Dernburg (Heidelb. Krit. Zeitschrift I S. 148) erklärt sich gegen alle Zusammenstellung des Schatzfindens mit der Occupation: „wie die Specification wird auch das Finden eines Schatzes regelmäßig in das Procrustesbett der Occupation geworfen. Allein der Gesichtspunkt der Occupation paßt weder auf den Erwerb des Finders noch auf den Erwerb des Eigenthümers des Bodens.“ Das ist (wir sprechen hier blos vom Finder) doch zu weit gegangen, auch wenn wir Dernburg den Satz zugeben können, daß die Gesetze dem Schatzfinder den Eigenthumserwerb zusprechen, selbst wenn ihm der animus sibi possidendi fehlte. Der Irrthum liegt darin, daß man die Frage, was zur Occupation gehöre oder nicht, lediglich danach bemißt, ob eine Besitzergreifung mit animus an einer res nullius stattfindet. Da aber dies Letztere keineswegs das naturale Wesen der Occupation ist, so entscheidet eine Abweichung hievon noch nicht, ob ein Fall von der Occupation dogmatisch ganz zu trennen sei oder nicht. Die Sache liegt hier vielmehr folgendermaßen.

Wir haben beim Schatz freilich kein Factum des Aufhörens des bisherigen Eigenthums durch den Willen des Eigenthümers. Aber es liegt ein Zustand vor, der bei der völligen Unerkennbarkeit des früheren Eigenthümers der Dereliction des dominus seiner factischen Bedeutung nach gleichgestellt werden kann. Es wäre eine ganz willkürliche Voraussetzung anzunehmen, daß lediglich durch Willensact des dominus sein Recht aufhören könne. So gut wie es getilgt werden kann durch factischen objectiven Sachuntergang, so muß es auch getilgt werden durch den factischen Subjects-Untergang, d. h. wenn es absolut unmöglich ist, den vergrabenden Eigenthümer (oder seine Successoren) wieder ausfindig zu machen. Es ist also ganz richtige facti interpretatio, daß die Römer geradezu annehmen, das Eigenthum ist verloren, und die Sache ist eine res nullius („ut jam dominum non habeat“ ... „quod non sit alterius“). In soweit steht nun also das Finden des Schatzes dem terra mari coelo capere und dem Finden der derelinquirten Sache gleich, daß eine res nullius vorliegt. Aber dabei bleibt die Frage, was denn bei diesem „Nehmen“ des Schatzes der eigentliche Grund des Eigenthumserwerbes ist, noch ganz unbeantwortet. Vollkommen zutreffend beantwortet diese Frage Böcking (II. § 142 n.): „die Erwerbung des Schatzes gehört zwar an sich als auf positive Vorschrift des römischen jus civile gestützte zu den civilen Erwerbungen, sie ist als solche Besitzergreifung, welche zufolge Staats-

Digitized by Google

anerkennung, aber hier vorausgehender, Eigenthum begründet; ihrem Wesen nach aber schließt sich die Erwerbung des Thesaurus der Occupation an, weßhalb wir sie bei den naturalen Erwerbsarten darstellen."

Hieran knüpft sich die Frage:

ob der Finder des Eigenthumswillens bedürfe.

Pagenstecher a. a. O. S. 82, 83 bemerkt über diesen Punkt:

Denken wir, der Finder glaubt, es sei der Eigenthümer noch zu ermitteln (thatsächlicher Irrthum), oder er weiß Nichts vom Fundrechte (Rechtsunwissenheit). Dieß schadet nicht; ein Quellenzeugniß ist freilich nicht beizubringen. Der Eigenthumswille als eventueller koexistirt in jenen Fällen dennoch: wäre der Irrthum nicht da, so würde der Eigenthumswille in erster Linie vorhanden sein; der Irrthum besteht nur in dem Nichtwissen oder Falschwissen objektiver Thatsachen. Der Finder mag noch so lange hoffen, der Eigenthümer werde sich erweisen: für den entgegengesetzten Fall, den er doch immer als einen möglichen denken muß, schließt dieß seinen Eigenthumswillen, als einen von Anfang vorhandenen, nicht aus. Weiß er Nichts vom Fundrechte, „bringt den Schatz zum Schulzen" — Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschr. I (1853) S. 148 —, so verzichtet er dadurch sicher nicht auf ein Recht, auf welches er als Unwissender nicht verzichten kann. Der Schulz oder ein Dritter kann nicht okkupiren, denn die Sachen sind nicht wirklich herrenlos und Jene sind nicht Schatzfinder. Dem Schulzen ist es Pflicht, den Finder über sein Recht zu belehren, und nun erklärt der Finder immer noch rechtzeitig, für diesen Fall würde er von Anfang an den Eigenthumswillen gehabt haben. Dasselbe nehmen wir an, wäre selbst vorher der Besitz bereits an einen Dritten gelangt. Der Irrthum ist hier unschädlich, weil plus in re war als in existimatione mentis. Am Wenigsten eignen sich diese Beispiele dazu, die Analogie der Okkupation für Schatzfindung zu verwerfen; denn auch bei wirklich herrenlosen Sachen sind die nämlichen Fälle möglich und geradeso zu entscheiden; auch bei wirklich herrenlosen Sachen reden die Quellen vom Fundrechte.

3. Schwieriger ist die Frage zu entscheiden:

worauf das Antheilsrecht des Grundeigenthümers an dem auf seinem Grunde und Boden von einem Dritten gefundenen Schatze beruht und wie sich dasselbe geltend macht.

Donellus, com. de jure civ. Lib. IV cap. XIV § 6 sagt hierüber:

... Recte dicemus, ob incertitudinem dominii ad hanc partitionem itum esse. Nam ceteras res, quas nullius esse diximus, constat vere esse nullius, ... quamobrem de jure occupationis earum non potest dubitari. In thesauris vero incertum, sintne hi profecti a majoribus ejus, cujus locus est, an vero ab aliis. Ac propter hanc incertitudinem non iniquum, partem thesauri illi decidi. Accedit ad hanc aequitatem, quod thesaurus aliquo loco inventus quodammodo ejus loci beneficium est. [1]

---

1) Vergl. Fr. Connanus, Com. III. 4 Nr. 5: Thesaurus in visceribus agri latet et ei loco, ubi absconditus latet, quasi distinatus est, neque ad eum sine effosionibus perveniri potest.

Digitized by Google

Continetur enim eo loco, ac, nisi ibi asservatus esset, thesaurus nunc non haberetur. Aequum est, in partem saltem eum vocari, cujus ex re hoc beneficium profectum est, ut hanc partem ille percipiat, tanquam commodum et fructum rei suae. Et tamen, quia non plane haec certa sunt, sed pro inventore dici potest, rem esse nullius, cujus dominus ignoratur, quam ob id juxta regulam occupanti tribui oporteat: aequum fuit, ita partem domino loci concedi, ut pars quoque non denegaretur inventori. Ita factum in hac incertitudine, ut thesaurus ex aequo inter eos recte divideretur.

Ferner § 12 ebendaselbst:

... in thesauro, quod non conceditur inventori, id sic tribuitur dominis locorum, aut fisco, ut fiat eorum sine ulla ipsorum occupatione aut facto ... cum inventor solus thesaurum occupaverit, ceteri ne attigerint quidem, atque adeo prius nec thesaurum usquam esse sciverint. Ex quo intelligi debet, omnem hanc dimidiam, et quidquid est, quod in thesauro invento ceteris conceditur, jure gentium et ratione naturali non acquiri. Nam hoc jure in his, quae facto nostro acquiruntur, nulli quaeritur dominium sine possessione. Hic autem ceteri ullius partis thesauri possessionem quaesivisse dici non possunt. Non enim quaesiverunt per se, qui rem nec attigerunt, et fortasse nec viderunt. Per inventorem autem non potuit illis quaeri, quantumvis possidere volentibus, quia nulli quaeritur possessio per alium, ac ne per procuratorem quidem, si alius hoc animo nactus fuit possessionem, ut vellet suo nomine possidere. Porro in proposito inventor suo nomine thesaurum occupavit, non alieno. Sed nec dici potest, dimidiam istam fieri ceterorum beneficio rei suae. Res enim publicae, religiosae, sacrae, non sunt fisci, aut in bonis cujusquam. Sed et ea, quae a re nostra exemta sunt, ita nobis acquiruntur, si prius cohaeserunt, et ex re nostra nata sunt, ut fructus animalium et foetus. At thesaurus loco nostro non cohaesit, nec ex eo nascitur; proinde nec de eo idem dici potest, quod de rei nostrae fructu et accessione. Relinquitur igitur, ut intelligamus, acquiri ista ceteris jure et ratione civili per constitutiones eas, quae sunt de thesauris, quae quod ab alio occupatum est, istorum esse volunt ...[1])

Diese Auffassung wird auch von der Mehrzahl der neueren Juristen getheilt:

Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 103—105. Es findet sich nirgends in den Gesetzen eine Spur davon, daß der Schatz Zuwachs von Grund und Boden sey oder daß der Eigenthümer ihn erwerbe, weil er mit seinem Grundstück vereinigt ist, noch, daß die Römischen Rechtsgelehrten dies auch nur zum Theil behauptet haben sollten. Ueberall, wo vom Erwerb des Schatzes die Rede ist, wird die Idee vom Finden hervorgehoben und der Hälfte, die dem Eigenthümer zu Theil wird, wenn ein Anderer, als er selbst den Schatz auf seinem Grundstück fand, nur neben-

1) Hiermit stimmt auch die Darstellung von Vinnius (com. in § 39 J. 2, 1 Nr. 6) im Wesentlichen überein.


Digitized by Google

her gedacht. Ja, was vollends den Ausschlag giebt und nicht den geringsten Zweifel übrig läßt: Wenn der Schatz jure accessionis erlangt würde, so dürfte der Eigenthümer ihn ja nicht erst finden, um das Eigenthum desselben zu erwerben; er würde vielmehr nach dem Finden das Eigenthum nur fortsetzen, was ihm schon zuvor zustand. Und ebenso, wenn ihn ein Fremder fand, würde ihm die Hälfte, die dem Eigenthümer gebührt, nicht erst jetzt zu Theil werden, sondern ihm schon zuvor gehört haben. Von allem dem ist nun in den Gesetzen mit keiner Sylbe die Rede. Vielmehr heißt es selbst vom Eigenthümer, der auf seinem Grund und Boden einen Schatz findet, er erwerbe ihn, weil er ihn gefunden. § 39 J. de rer. div. ...

Das Resultat ist also: der Schatz wird nicht zum Theil jure inventionis, zum Theil jure accessionis erworben, — hätte man consequent seyn wollen, so hätte man sagen müssen, er werde immer jure accessionis erworben, und es sei eine besondere Rechtswohlthat, daß der Finder die *Hälfte als Belohnung für den Fund* erhalte, also als ein *Fundgeld*. — Der Schatz gehört zu den herrenlosen Sachen und der Erwerb desselben zur Occupation.

W. Sell a. a. O. S. 177—180. Der Eigenthümer des fundus, worin der Schatz gefunden worden, erwirbt nicht bloß ein persönliches Recht gegen den Finder auf Auslieferung der ihm gebührenden Hälfte des Schatzes, sondern sogleich das Eigenthum an der Hälfte des Schatzes selbst ohne alle Besitzergreifung von seiner Seite, sobald nur der Finder für sich das Eigenthum an der gefundenen Sache erworben hat. Die Rechte des inventor, wie des dominus fundi, werden in den Gesetzen hinsichtlich der Erwerbung als völlig gleich betrachtet. ... Der Erwerb des dominus fundi hat daher etwas der accessio Aehnliches, indem hier das Eigenthum mit Rücksicht darauf erworben wird, daß man das Eigenthum an einer andern Sache bereits vorher hat, und daß dieser Erwerb ohne alles Zuthun von Seiten des Eigenthümers der andern Sache geschieht. Hiernach erwirbt der dominus fundi, gleich dem Finder, erst mit dem vollendeten Heben des Schatzes an der Hälfte desselben ein Recht und zwar Eigenthumsrecht.

Pagenstecher a. a. O. S. 87, 88. Das Principium der l. 63 a. r. d. 41, 1 [1]) zeigt, wenn man die Titelrubrik beherzigt, ganz klar, daß von dem Funde in fremdem Boden die Hälfte sofort Eigenthum des Grundherrn wird: durch positiv rechtlichen Zuwachs ... [2]) besonders § 2 lehrt, daß die Bruchtheile sofort durch den Fund juristisch existiren: an aliquid ex parte ferat alter socius. Pars, quae soli domino (wie die andere pars inventori: § 1) semper cedit. — Die entgegengesetzte

---

1) Si is, qui in aliena potestate est, thesaurum invenerit, in persona ejus, cui acquirit, hoc erit dicendum, ut, si in alieno agro invenerit, partem ei acquirat, si vero in parentis dominive loco invenerit, illius totus sit.

2) „Es bleibt zu beachten, daß der Schatz weder zur Frucht noch zur Substanz des Grundstückes zählt; juristisch nähert er sich der Substanz, mindestens in der Lehre über den grundherrlichen Schatzantheil."
Pagenstecher, Pandekten-Praktikum (Heidelb. 1860) S. 44.

Digitized by Google

Meinung neuerer Rechtsgelehrten (z. B. noch Böcking's § 150 Note 35¹) spricht dem Finder das Alleineigenthum zu, dem Grundherrn nur ein Forderungsrecht auf die Hälfte. Aber eine Obligation zu vermuthen, verstößt gegen bekannte Rechtsgrundsätze. Zu dem legt l. 3, 10 j. fisci 49, 14 den Divi fratres die Verordnung in den Mund, ut fisco (als Grundherrn) dimidia pars ex (thesauris) vindicaretur ...

Vergl. auch Arndts, Lehrbuch der Pand. § 154 Anm. 6. — Brinz, Lehrbuch der Pand. § 53 S. 192, 193.

Der Entwurf eines bürg. Gesetzbuchs für das K. Sachsen hat diese Streitfrage ausdrücklich, und zwar zu Gunsten der herrschenden Ansicht, entschieden. Der bereits oben angeführte § 244 bestimmt:

„... Werden sie (die verborgenen Sachen) in einer fremden Sache entdeckt, so fallen sie, mit der Besitzergreifung durch den Finder, diesem und dem Eigenthümer der Sache zu gleichen Theilen eigenthümlich zu ..."

und die Motive (S. 651) bemerken dazu, daß der Eigenthümer der Sache, in welcher der Schatz gefunden wird, das Eigenthum an dem Schatze nach seinem Antheile mit der Besitzergreifung durch den Finder erwerbe, also nicht etwa bloße persönliche Ansprüche gegen den Finder auf Herausgabe des ihm als Eigenthümer gehörigen Antheiles erlange.

Daß dasselbe auch nach dem Preuß. Landrechte anzunehmen sei, läßt sich nach der Fassung des § 82 d. T. gar nicht bezweifeln. Es werden darin mit Bezug auf ihre Anrechte an dem Schatz der Finder und der Grundeigenthümer ganz gleichgestellt, indem das Gesetz vorschreibt: „die eine Hälfte des Schatzes gebührt dem Finder, und die andere dem Eigenthümer des Grundes."

Ganz ähnlich lautet der oben angeführte § 399 des Oesterreichischen Gesetzbuches, wonach (nach Abzug des zum Staatsvermögen zu ziehenden Schatzdrittels) „von den zwey übrigen Drittheilen Eines der Finder, das andere der Eigenthümer des Grundes erhält." Das Gesetz selbst tritt hier als Schatzvertheiler auf und spricht Jedem das

---

1) „In l. 3 § 10 D. de J. F. 49, 14 ist das vindicare so wenig, als das Recht des Grundeigenthümers auf den ihm zukommenden Theil des Schatzes, ein Geltendmachen eines schon erworbenen, sondern das eines ihm erst zu gewährenden Eigenthums, nicht eine eigentliche Vindikation mit der intentio „meum esse," sondern mit der „dari oportere," also wohl eine condictio ex lege, aus der obligatio lege nova, den kaiserlichen Constitutionen, introducta. Die an die Worte „concessit" „Caesaris oder fisci esse" u. dergl. sich anklammernde Meinung von ipso jure dem Fiscus u. s. w. anfallendem Eigenthum ist vollends verkehrt, wenn man sie mit der richtigen, daß das bloße Finden noch nicht zum Eigenthümer des Schatzes mache, verbindet."

Vergl. auch Puchta Vorles. I S. 303 und Seuffert, Archiv B. II Nr. 15.

Digitized by Google

Eigenthum zu seinem Theile zu, so daß es zu diesem Erwerbe keiner weiteren Vermittelung bedarf.

4. Hieraus ergibt sich aber zugleich, daß weder der Finder, noch der am Schatze betheiligte Grundeigenthümer eines richterlichen Zuschlages benöthigt ist, da, sofern nur die Schatzeigenschaft feststeht, das eo ipso in Wirksamkeit tretende Gesetz der richterlichen Thätigkeit auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit keinen Raum übrig läßt. Freilich gelangen wir dadurch in dem Falle, wenn zur Feststellung der Schatzeigenschaft in Gemäßheit des § 76 d. T. die öffentliche Vorladung des Eigenthümers erfolgen muß, zu einem abnormen Verfahren, nämlich zu einem Aufgebotsprozesse, dem der Schluß — der richterliche Präclusions- und Zuschlagsbescheid — fehlt. [1]) Ein solcher Bescheid hat jedoch nur bei verlorenen Sachen Bedeutung. Hier dient der Zuschlag dazu, das noch als bestehend gedachte frühere Eigenthum aufzuheben, also die Sache erst zu einer herrenlosen zu machen. Erst dadurch tritt das Occupationsrecht des Finders in Wirksamkeit. Er kann daher nur durch den Zuschlag selbst das Eigenthum der Sache erwerben. [2]) Anders bei dem eigentlichen Schatze — vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat. Dieser erscheint schon an sich als herrenlos, wenn er so lange verborgen gelegen, daß der Eigenthümer nicht mehr auszuforschen ist. Die letztere Voraussetzung ist aber, wenn der Fall des § 79 d. T. nicht vorliegt, gegeben, sobald die Aufgebotsfrist abgelaufen ist, ohne daß sich der Eigenthümer oder dessen Erbe gemeldet hat. [3])

---

§ 83. van Bynkershoek, Obs. jur. Rom. Lib. II cap. IV: de jure thesauri ab mercenario inventi ... plus quam manifestum est, thesaurum casu inveniri, et mercenarium non intelligi mercenarium, nisi contemplatione rei, ad quam conductus est, conductus autem est ad fodiendum, aedificandum, vel si quid his est simile, ad thesaurum inveniendum

---

1) Vergl. Koch, Komment. zum A. L. R. I S. 436.

2) So wird in einem Erkenntnisse unseres Ober-Tribunals vom 17. März 1859 ausgesprochen: Eine verlorene, demnächst von einem Dritten gefundene Sache ist, selbst wenn später im vorgeschriebenen Aufgebotsverfahren der Eigenthümer derselben nicht ermittelt wird, darum nicht von Anfang an als eine derelinquirte zu betrachten; sie nimmt vielmehr diesen Charakter durch die im Zuschlagserkenntnisse auszusprechende Präclusion an, und wird erst von diesem Augenblicke an für den redlichen Finder zum Gegenstande einer Eigenthumserwerbung durch die nunmehr wirksam werdende Besitznahme.

Goltdammer, Archiv für Preuß. Strafrecht. VII S. 554.

3) Vergl. Gesetz-Revision Pensum XIII S. 93 und Bornemann II S. 20.

Digitized by Google

conductus non est. Neque igitur respectu thesauri mercenarius est fossor vel aedificator, neque ex eo, quod nullum est, quidquam juris conductori non fortunae, sed operae. Scio, qui conductus est, conductorem referre, et quod ipse facit, perinde esse, atque si conductor fecisset; sed in eo, ad quod conductus est; ad quod non est, cujusvis extranei loco habendus, etiam in eo, quod occasione locatae operae obvenit ... Proinde tantum juris ei tribuimus, quantum qui alieno loco invenit, et, ut ratio ejus rei constet, recte adhibetur l. 63 § 4 D. de acq. rer. dom., cujus argumento discimus, jure inventoris, non jure mercenarii ad partem vocari. Satis quoque indicat l. 67 D. de r. v. fabrum, qui utique mercenarius esse solet, non excludi, si in reficienda domo invenerit pecuniam, quae habenda sit jure thesauri ...

Pagenstecher a. a. O. S. 81 Note 2: Ein Schatz kann in Bruchstücken zu verschiedenen Zeiten und von verschiedenen Leuten gefunden werden: die Einheitlichkeit der Deposition bewirkt nicht eine Untheilbarkeit des Fundes. Siehe den Rechtsfall bei Kind quaest. for. II, ed 2, (1807) Kap. 82: An mercenario thesaurus ab eo inventus secundum usum fori Saxonici pro parte dimidia cedat, ac quando thesaurus adquisitus dicatur? Knecht und Magd weiden das Vieh. Ein Thier kratzt die Erde auf; ein Schatz tritt zu Tage und wird von Jenen unter sich getheilt. Die Frau des Herrn nimmt ihnen Alles und giebt Jedem einen Gulden Fundlohn. Der Herr läßt durch Dritte weitergraben und findet mehr. Der Hausvater der Magd klagt auf das Viertheil auch des späteren Fundes. Letzteres mit Unrecht, wie der oberste Gerichtshof für Sachsen im J. 1797 richtig entschied.[1])

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 491. „Finden Arbeitsleute zufälliger Weise einen Schatz, so gebührt ihnen als Findern ein Drittheil davon ...“

Vergl. auch Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 96, 97 und Girtanner's Rechtsfälle Nr. 95.

---

§ 84. 1. Von dem hier vorgesehenen Falle ist der Fall verschieden, wenn Jemand, nicht mit Erlaubniß, sondern auf Geheiß des Grundeigenthümers, nämlich als gedungener Arbeiter desselben nach einem Schatze gesucht und ihn entdeckt hat. Auf diesen Fall bezieht

1) Koch, Komment. zum A. L. R. I S. 437, 438 erklärt wohl mit besserem Grunde diese Entscheidung für unrichtig. „Denn der Fund ist etwas so Wesentliches, daß ohne ihn der Grundeigenthümer auch nichts erwerben konnte, und der Herr handelt dolos, wenn er die Entdeckung benutzt, um für sich allein die Besitznehmung zu vollziehen. Daß wenigstens nach dem A. L. R. der Fall so zu entscheiden ist, ergibt auch der § 84 d. T. Denn die drei Fälle §§ 82, 83, 84 werden nach gleichen Grundsätzen behandelt, wonach die Erwerbung des Finderrechts durch zwei Umstände vollzogen wird: durch das Finden oder Entdecken und durch die (gesetzliche oder besonders erworbene) Erlaubniß dazu. Anders ist es, wenn der Grundherr, unabhängig von dem ersten zufälligen Funde, gleichfalls zufällig den Schatz entdeckt und allein gehoben hätte.“



sich der Schlußsatz des oben angeführten § 401 des Oesterreichischen Gesetzbuchs:

> „... Sind sie (die Arbeitsleute) aber von dem Eigenthümer ausdrücklich zur Aufsuchung eines Schatzes gedungen worden, so müssen sie sich mit ihrem ordentlichen Lohne begnügen."

desgleichen der § 245 des Entwurfes eines bürg. Gesetzbuchs für das K. Sachsen:

> „Geschieht die Besitzergreifung durch Jemand, der zur Aufsuchung verborgener Sachen beauftragt war, so ist derjenige als Finder anzusehen, welcher ihn dazu beauftragt hat."

2. A bringt in Erfahrung, daß auf dem Grundstücke des B allem Vermuthen nach ein Schatz verborgen sei. Er theilt dem Letzteren dies mit und beide beschließen, am folgenden Tage gemeinschaftlich nach dem Schatze zu suchen. Der Grundeigenthümer stellt *jedoch sofort* diese Nachsuchung für sich allein an und findet auch den Schatz.

Ist er verpflichtet, dem A den Finderantheil davon abzugeben?

Nein; ein noch nicht wirklich entdeckter Schatz ist der Occupation eines Jeden, also auch der des Grundeigenthümers, der von dem Andern über das muthmaßliche Dasein des Schatzes Nachricht erhielt, unterworfen. Durch diese Benachrichtigung hat A die Rechte des Finders noch nicht erworben. Ein rechtsgültiger Gesellschaftsvertrag aber, vermöge dessen B verpflichtet wäre, den Gewinn mit A zu theilen, liegt nicht vor.

Angenommen aber, daß A und B, der Verabredung gemäß, gemeinschaftlich nach dem Schatze suchen und ihn finden, so entsteht die Frage:

> welcher Antheil daran, bei dem Mangel eines besonderen Abkommens hierüber, dem A gebührt — ob die Hälfte oder nur ein Viertheil?

Man wird sich für das Letztere entscheiden müssen. Die Hälfte fällt dem A als Grundeigenthümer zu. Die andere — also die Finderhälfte — theilt er mit A, weil beide gemeinsam den Fund gemacht haben und darauf nichts ankommt, daß A die Veranlassung zu dem Funde gab.

---

§ 85. 1. Nach Justinianischem Rechte fiel der ganze, ohne Bewilligung des Eigenthümers auf fremdem Grunde gesuchte Schatz dem Grundherrn zu.

> l. un. C. de thesaur.: ... In alienis vero terrulis nemo audeat invitis, immo nec volentibus vel ignorantibus dominis opes abditas suo nomine perscrutari. Quod si nobis super hóc aliquis crediderit esse supplicandum, aut praeter hujus legis tenorem in alieno loco thesaurum scrutatus

Digitized by Google

invenerit, totum hoc locorum domino reddere compellatur, et velut temerator legis saluberrimae puniatur.... [1])

Dieser Bestimmung schließt sich auch der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das K. Sachsen von 1860 an:

§ 248 „... Ist die Entdeckung in einer fremden Sache ... dadurch geschehen, daß der Finder ohne Erlaubniß des Eigenthümers in derselben nach den verborgenen Gegenständen suchte, ... so erwirbt der Letztere auch das Eigenthum, soweit es sonst dem Finder zugefallen wäre."

während das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch, mehr unserem Landrecht folgend, vorschreibt:

§ 400 ... Wer ohne Wissen und Willen des Nutzungseigenthümers den Schatz aufgesucht ... hat, dessen Antheil soll dem Angeber, oder wenn kein Angeber vorhanden ist, dem Staate zufallen."

ein Rechtssatz, der jedenfalls in diesem Gesetzbuche mehr an seinem Orte ist, als in dem unsrigen, weil das Oesterreichische Recht in allen Fällen dem Staate ein Miteigenthum an dem Schatze zuweist.

2. Es hat Jemand auf fremdem Grunde ohne Bewilligung des Grundeigenthümers einen Schatz aufgesucht und auch wirklich gefunden. Er macht dem Grundeigenthümer davon Anzeige. Dieser erklärt sich mit der Aufsuchung des Schatzes wohl zufrieden und überläßt die Hälfte davon dem Finder.

Ist gleichwohl diese Hälfte dem Fiskus verfallen?

Ja, weil diese durch das Gesetz angedrohte Confiscation in dem Augenblicke eintrat, wo der Suchende den Schatz fand. Die nachträgliche Gutheißung Seitens des Grundeigenthümers kann daher dem Fiskus das schon erworbene Recht nicht wieder entziehen.

3. Eines von der thatsächlichen Voraussetzung des § 85 verschiedenen Falles gedenkt Zachariä von Lingenthal, Handbuch des Franz. Civilrechts Bd. I § 200 Note 9 (5. Auflage):

„Wie aber, wenn Einer auf fremdem Grundstücke widerrechtlich Nachgrabungen anstellt, ohne jedoch nach einem Schatz zu graben und einen Schatz findet — gehört ihm die Hälfte? Allerdings! Den Schatz hat er dennoch zufällig gefunden. A. M. scheint Toullier IV, 35 zu sein."

Auch nach Preußischem Recht wird die aufgeworfene Frage zu bejahen sein. Der § 85 enthält eine civilrechtliche Strafvorschrift

---

1) Donellus, com. de jure civ. Lib. IV cap. XIV § 4 gibt als Grund dieser Vorschrift an: ... Quia visum est, utile esse, in re praesertim, quam certo non constaret esse nullius, praecidere hoc modo hominibus materiam aliena effodiendi, et violandi scrutandi causa. Quod, ut vellent et facerent homines, facile futurum fuit, si qua spes esset, thesauro quaesito et invento, aut eo toto, aut parte ejus potiundi; idque est, quod dicitur in l. un. C. de thes.: hac distinctione eventurum, „ut unusquisque suis fruatur, et non inhiet alienis."


Digitized by Google

und ist daher schon als solche streng nach den Worten auszulegen. Ihrer klaren Wortfassung nach ist aber diese Vorschrift nur gegen das unbefugte Schatzsuchen auf fremdem Grund und Boden gerichtet. Sie trifft daher nicht zu, wenn Jemand in anderer Absicht auf fremdem Grundstücke unbefugter Weise Nachgrabungen vornimmt und dabei zufällig einen Schatz entdeckt.

---

§ 86. l. un. C. de thes. (10, 15): .... in suis quidem locis unicuique dummodo sine sceleratis ac puniendis sacrificiis, aut alia qualibet arte legibus odiosa thesaurum ... quaerere et invento uti liberam tribuimus facultatem ...[1])

Pagenstecher a. a. O. S. 85, 86: Schätze wurden von jeher als Geschenke oder Wohlthaten des Zufalles (fors), der Göttin des Zufalls (Fortuna), also der Glücksgöttin betrachtet. Dies war eigentlich Glaubenssatz: vergl. l. 63, 1 a. r. d. 41, 1: Thesaurus donum fortunae creditur. Daraus werden in der christlichen Sprache göttliche Wohlthaten; was der „Teufel" verschaffte, das konnte daher in dieser neueren Zeit des anerkannten Teufels kein Schatzfindungsrecht bewirken.

Diesen Teufelsspuk haben auch die Verfasser unseres Landrechts bannen zu müssen geglaubt,[1a]) während sich das Oesterr. Gesetzbuch mit der einfachen Vorschrift begnügt hat:

§ 400 „Wer sich dabey einer unerlaubten Handlung schuldig gemacht ... dessen Antheil soll dem Angeber, oder wenn kein Angeber vorhanden ist, dem Staate zufallen"

wie auch der Sächsische Entwurf nur die Bestimmung enthält:

§ 248 „Wenn der Eigenthümer die verborgenen Sachen unter Vornahme einer strafbaren Handlung entdeckt hat, so erwirbt der Staat das Eigenthum. Ist die Entdeckung in einer fremden Sache durch Vornahme einer strafbaren Handlung ... geschehen, ... so erwirbt der Eigenthümer der Sache auch das Eigenthum, soweit es sonst dem Finder zugefallen wäre."[2])

---

1) Vergl. Fritz, Erläut. I S. 320. Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 97, 98.

1a) Dem Code civil ist eine solche Bestimmung fremd.

Thibaut, Lehrb. des Franz. Civilrechts § 189 bemerkt hierüber: „Von der fiscalischen Confiscation wegen gebrauchter Zauberkünste, vor welchen Justinian so viel Schrecken hatte, wollten natürlich die Verfasser des Code nichts wissen."

2) Die Motive (S. 652) bemerken dazu: In § 248 hat man den im gemeinen Rechte erwähnten Fall, wenn der Finder abergläubische Mittel angewendet hat, übergangen, theils weil hierbei von eigentlichen Mitteln zur Auffindung einer Sache nicht die Rede sein kann, theils weil eine hierauf bezügliche Bestimmung jedes practischen Nutzens entbehren würde, indem Derjenige, welcher dergleichen Mittel wider den Willen des Eigenthümers anwendet, schon wegen Mangels der Zustimmung des Letzteren von der Theilnahme am Gewinne ausgeschlossen ist, wogegen, wenn er mit Einwilligung desselben verfährt, er entweder als Beauftragter erscheint und schon in dieser Eigenschaft

Digitized by Google

§ 89. Inventor thesauri quantitatem juramento indicare tenetur, si thesaurum in fundo alieno repertum diffiteri non ausit, attamen minus, quam invenisset, fateatur.

Carpzov Def. P. II const. 53 def. 8 § 1. 2.

Si homo levis sit, et metu perjurii suspectus — fügt Carpzov im Geiste seiner Zeit noch bei — etiam torturae subjici queat!

Walther, genetische Entwickelung der Lehre vom s. g. Manifestationseide S. 64.

Rechte mehrerer Miteigenthümer und Grenznachbaren.

§§ 91—93 1. Leyser (Medit. ad Pand. spec. 442 m. 3: Qui thesaurum in confinio invenit, partem in sua terra jacentem solus retinet, partem alteram cum vicino dividit) sagt in Beurtheilung eines interessanten zur Zeit des Papstes Julius III. in Rom verhandelten Rechtsstreites, betreffend die von einem Hauseigenthümer unter seinem Weinkeller entdeckte, jedoch mit dem Kopfe in das Nachbargrundstück hineinragende Marmorstatue des Pompejus: [1])

... Quaestio ergo eo redit, an quis thesaurum in suo quidem, sed in confinio, repertum adquirat totum, an vero cum vicino, in cujus fundo pars reperta fuit, dividere cogatur. Et dividendum esse thesaurum, atque eatenus judicem Romanum recte, judicasse, censeo. Eundem tamen in duobus aberrasse [2]) credo; primum, quod totam illam partem, quae in vicini cella jacuerat, huic adjudicarit. Oportuisset semissem ejus partis adjudicari. Nam omne id, quod in suo repererat inventor, inventoris erat; idem quod dimidium ejus, quod in alieno solo requiescebat, inventionis jure sibi vindicare et domino alteram solum partem relinquere poterat. Deinde quod in eo foedissime lapsus est judex, quod statuam pro re dividua reputarit. Erat illa sine dubio, et quidem naturaliter individua. Naturaliter scilicet individuum est, quod sine detrimento et imminutione aestimationis in partes dispesci nequit, cujusque partes distractae simul consideratae tantum non valent, quantum integra res valebat. Recte ergo fecisset judex, si statuam vero pretio aestimatam ipsam quidem inventori, ad quem major pars

---

keinen Anspruch auf den Schatz hat, oder insofern ihm für den Fall des Gelingens der Unternehmung contractmäßig Etwas zugesichert worden ist, lediglich die aus dem Obligationenrechte zu beantwortende Frage über die Gültigkeit eines solchen Vertrages entsteht. Unter den in § 248 angegebenen „strafbaren Handlungen" sind nicht etwa abergläubische Mittel zu verstehen.

1) Der Fall ist auch aufgenommen in Girtanner's Rechtsfällen Nr. 120. Vergl. auch Pagenstecher, Pandekten-Praktikum S. 218 f.

2) Die Entscheidung des römischen Richters ging dahin: ut excisum caput alter acciperet, alter vero truncum obtineret, atque ita singuli, quae domi tenebant, impetrarent.

Leyser findet sich zu dem Ausrufe veranlaßt: Miserum Pompejum! Annon satis erat caput ipsi a Ptolemaeo amputatum, ut etiam marmorea ejus statua in simile periculum veniret?

pertinebat, reliquisset, arg. l. 34 § 2 C. de donat. hunc vero simul quadrantem pretii vicino solvere damnasset.

2. Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das K. Sachsen von 1860 enthält die mit unserem Landrechte übereinstimmende Vorschrift: [1])

§ 246 „Lagen die verborgenen Sachen auf der Grenze benachbarter Grundstücke, so gehören sie, soweit sie dem Eigenthümer zufallen, den Grenznachbarn zu gleichen Theilen, auch wenn die Grenze nicht gerade durch die Mitte der verborgenen Sachen gegangen ist." [2])

Rechte in Ansehung des Schatzes bei getheiltem oder eingeschränktem Eigenthume.

§§ 94—96. Diese Vorschriften entscheiden gemeinrechtliche Controversen im Sinne der herrschenden Ansicht.

Voet, com. ad P. XLI, 1 Nr. 12: ... thesaurum, in fundo emphyteuticario repertum, pro ea parte, quae domino acquiri debet, emphyteutae potius, quam domino directo addici oportere; cumque eaedem in vasallo, quae in emphyteuta rationes militent, etiam vasallo rectius, tanquam domino, thesaurus adjudicandus est.

Vinnii com. in § 39 J. 2, 1 Nr. 3: ... Ager autem vectigalis sive emphyteuticus magis est, ut emphyteutae proprius existimetur, ejusque, qui dominium utile, quam qui directum habet. Nam ad emphyteutam pertinet plenissima rei utilitas et pari jure quo dominus rem tenet ac possidet; adeoque adversus ipsum etiam directum dominum utilem in rem actionem habet. Longe igitur distat emphyteuta a fructuario: emphyteuta jus habet in corpore et substantia rei, fructuarius non item ... Quam ob causam dubitandum non est, quin si ipse quoque emphyteuta in praedio in emphyteusi sibi concesso thesaurum similiter invenerit, totum eum sibi soli recte vindicet: eademque ratio est vasalli, qui thesaurum reperit in fundo feudali.

Vergl. auch Carpzov jurispr. for. P. 2 const. 53 def. 6 Nr. 8 Lauterbach compend. tit. de acq. rer. dom. p. 563. Struv syntagm. jur. feud. cap. 12 § 5. Berger oecon. jur. II 2 § 13 N. 2.

---

1) Pagenstecher a. a. O. S. 87 sagt: „Nicht richtig verstandenen römischen Grundsätzen entsprechend ist preuß. L. R. 1, 9 § 92: Vom Schatze auf der Gränze gefunden, sollen immer gleiche Hälften (Viertheile des Ganzen) der grundherrlichen Hälfte stattfinden, wenn gleich mehr diesseits, weniger jenseits lag." Er spricht sich jedoch nicht näher über das behauptete Mißverständniß aus. Jedenfalls hat die getadelte Vorschrift den großen Vorzug, daß sie die höchst schwierigen Erörterungen über die Lage des entdeckten Schatzes, die nach dessen Hebung in den seltensten Fällen mit mathematischer Genauigkeit sich wird feststellen lassen, von vornherein abschneidet.

2) Die Motive bemerken hierüber (S. 652): Die Vorschrift in Betreff des Anspruches der Nachbarn in § 246 hat man zu Vermeidung außerdem nothwendiger Erörterungen, deren Ergebniß noch überdies in der Regel ungewiß sein wird, für angemessen geachtet.

Digitized by Google

Dagegen wird von Gebr. Overbeck, Medit. Bd. I Nr. 39 unter Hinweisung auf

Hunnius resol. jur. civ. Lib. 2 tr. 1 qu. 37. Harprecht ad J. de rer. div. § 39 Nr. 21 sq. Cocceji, jus civ. contr. tit. de acq. rer. dom. qu. 4

der Satz ausgeführt:

Ein auf einem Lehnsgut gefundener Schatz gehört halb dem Finder und halb dem Lehnsherrn.

Vergl. auch Gründler, Polemik § 440.

Das Oesterreichische bürg. Gesetzbuch hat beiden Ansichten gerecht zu werden gesucht, indem es im § 399 bestimmt:

„... Ist das Eigenthum des Grundes getheilt, so fällt das Drittheil dem Ober- und Nutzungseigenthümer zu gleichen Theilen zu."

Der Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das K. Sachsen enthält dagegen in der Lehre von der „Familienanwartschaft" die Vorschrift:

§ 2564. „Gegenstände, welche in der mit der Anwartschaft belegten Sache eingemauert, vergraben oder sonst verborgen sind, werden, soweit sie nicht dem Finder gehören, als Anwachs des zur Anwartschaft gehörigen Vermögens betrachtet."

---

§ 97. 1. Diese Vorschrift, die sich in Ansehung des Nießbrauchers in § 41 Tit. 21 Th. I [1]) wiederholt findet, stimmt mit dem gemeinen Rechte überein.

Voet, com. ad P. XLI, 1 Nr. 12: Diversum est ... in fructuario, utpote cujus intuitu etiam res fructuaria aliena est ... neque thesaurus in fructus computatur l. 7 § 12 D. sol. matr. ... Et certe si in fundo dotali repertur a marito thesaurus uxori pro parte dimidia restituendus sit, tanquam in alieno repertus l. 7 § 12 D. soli matr., longe magis id in fructuario fundo probandum, cum maritus non modo fructus suos faciat, ut fructuarius, sed et amplius civile dotis dominium habeat.

Glück, Comment. § 633 B. 9 S. 209, 210: Der Usufructuar kann keinen Gewinn verlangen, welcher der Sache zuwächst (accessio) und keine Frucht ist. Er erhält folglich nicht den Schatz, den er auf dem nutznießlichen Grundstücke findet.

Galvanus de Usufr. cap. 30 § 8 p. 382. Cocceji, jus civ contr. VII. 1 qu. 13. Wiesand Opusc. jur. spec. I. obs. 3.

Ulpian sagt ausdrücklich in l. 7 § 14 sol. matr.: si thesaurus fuerit inventus, in fructum non computabitur. Zwar gehört ihm als Finder die Hälfte davon, allein die andere Hälfte muß er dem Proprietar herausgeben.

---

1) „Auf gefundene Schätze hat der Nießbraucher als solcher, selbst in Ansehung der Zinsen oder Nutzungen, keinen Anspruch."

Digitized by Google

Auch das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch bestimmt in der Lehre von Dienstbarkeiten:

§ 511: „Der Fruchtnießer hat ein Recht auf den vollen, sowohl gewöhnlichen als ungewöhnlichen Ertrag ... Auf einen Schatz, welcher in dem zur Fruchtnießung bestimmten Grunde gefunden wird, hat er keinen Anspruch."

Desgleichen der Entwurf eines bürg. Gesetzbuchs für das Königr. Sachsen:

§ 622 „An Gegenständen, welche in der dienenden Sache eingemauert, vergraben oder sonst verborgen sind, erwirbt der Nießbraucher als solcher weder das Eigenthum noch den Nießbrauch."

Ebenso Code civil art. 598:

„... Il (l'usufruitier) n'a aucun droit ... ni au trésor qui pourrait être découvert pendant la durée de l'usufruit."

2. Ebensowenig wie der Nießbraucher hat der Pfandgläubiger ein Anrecht auf den dem Grundeigenthümer zufallenden Schatz.

Tryphonin. l. 63 § 4 D. le acq. rer. dom. (41, 1): Quodsi creditor invenerit, in alieno videbitur invenisse. Partem itaque sibi, partem debitori praestabit, nec recepta pecunia restituet, quod jure inventoris, non creditoris ex thesauro apud eum permansit ...

---

§ 98. Vergl. Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 1147: „Wer nichts als einen Bodenzins entrichtet, hat nur auf die Benutzung der Oberfläche, als: Bäume, Pflanzen und Gebäude, und auf einen Theil des auf derselben gefundenen Schatzes Anspruch. Vergrabene Schätze und andere unterirdische Nutzungen gehören dem Obereigenthümer allein zu."

---

§§ 99, 100. 1. Ueber die durch diese Vorschriften entschiedene gemeinrechtliche Controverse sprechen sich aus:

Voet, com. ad P. XLI, 1 Nr. 12: ... Quod si post venditionem perfectam, sed ante traditionem, thesaurum in fundo vendito repertum concipias, ipso quidem jure pars ejus dimidia venditori tanquam domino tribuenda est, utpote a quo nonnisi per traditionem dominium abit, ac transit in emtorem, imo nec semper per traditionem, si necdum pretium solutum esset, aut de eo fides habita; sed cum periculum omne rei venditae atque etiam interitus quocunque casu fortuito maximeque inopinato contingens, protinus a venditione, consensu perfectâ, emtorem gravet, aequitati naturali consentaneum videtur, ut et vicissim omne rei commodum, etiamsi non speratum aut cogitatum, eundem sequatur, adeoque etiam thesaurus, quem Dei beneficium Imperator dixit in l. un. C. de thes. et donum fortunae Jurisconsultus in l. 63 § 1, 3 D. h. t. ac proinde, sicut emtor actione ex emto recte petit, omnes sibi cedi actiones, quas post venditionem perfectam venditor emtae rei nomine tanquam dominus acquisivit, sive rei persecutorias, sive poenales, omneque in se transferri commodum, sive in fructibus, sive in alluvione, sive in aliis consistens, ita quoque recte desiderat, sibi praestari eam

Digitized by Google

thesauri partem, quae venditori, ut venditae rei domino, quaesita fuit eo tempore, quo jam periculum omne rei perinde ad emtorem spectabat, ac si jam dominus effectus esset.

Glück, Comment. B. 17 S. 190—193: Es ist streitig, ob dem Käufer der vor der Uebergabe gefundene Schatz gehöre. Die Meisten verneinen, weil der Verkäufer vor der Uebergabe noch Eigenthümer der verkauften Sache bleibe. Sie berufen sich auf l. 67 d. r. v. Ueberdem sei der Schatz als ein donum fortunae anzusehen, und stehe daher mit dem verkauften Grundstücke in keiner Verbindung, sondern mache eine res prorsus separata aus.[1]) Andere sprechen den vor der Uebergabe auf dem verkauften Grundstücke gefundenen Schatz und zwar mit Recht dem Käufer zu, soweit er wenigstens jure accessionis erworben wird.[2])

Von dieser den Vorschriften unseres Landrechts zum Grunde liegenden Ansicht weichen ab (außer den oben Note 2 angeführten Schriftstellern):

Gebr. Overbeck, Meditat. B. 5 Nr. 308: Verborgene Schätze gehören nicht unter irgend eine Art von Früchten (l. 7 § 12 i. f. sol. matrim.) sondern sie werden vielmehr als ein ganz abgesondertes Stück von der Sache, worauf sie gefunden worden, betrachtet (l. 3 § 3 de acq. v. amitt. poss.). Findet daher ein Dritter oder der Verkäufer selbst einen Schatz auf dem verkauften Grundstücke, jedoch ehe er es dem Käufer übergeben hat, so kann sich dieser den Schatz nicht zueignen, sondern der Verkäufer behält den gefundenen Schatz ganz, wenn er ihn nämlich selbst findet, oder wenn er von einem Dritten gefunden ist, wird er unter dem Finder und Verkäufer getheilt. — Der Verkäufer ist vor der Uebergabe der Sache noch immer deren Herr, und nur der Eigenthümer kann sich den auf seinem Grundstücke gefundenen Schatz zueignen. Daß mit dem geschlossenen Kauf aller Vortheil wie aller Schaden dem Käufer zufällt, ändert nichts, da Schätze zu den Nutzungen und Früchten nicht gehören. Ebensowenig machen Schätze ein Zubehör des Grundstückes aus. Sie sind auch nicht unter dem Kauf für inbegriffen zu achten. — Nicht entgegensteht l. 6. 7 de r. v. und l. 63 § 4 de acq. rer. dom.[3])

---

1) Frantzke com. in P. 19, 1 Nr. 211—217. Struv synt. jur. civ. Ex. 23 th. 103. Müller ad Eundem not. E. Lauterbach colleg. 19, 1 § 36. Berger Resolut. Leg. obst. 19, 1 qu. 11. Cocceji jus civ. controv. 19, 1 qu. 15. Schlitte Diss. de thesauro in fundo vendito ante trad. reperto Hal. 1724. Breuning Diss. de jure thes. in fundo vend. non tradito Lips. 1769. Stockmann Diss. de acquirendo per occup. rerum dominio Observ. Lips. 1806 cap. II § 14. Köchy civilist. Erört. I Nr. VII S. 246.

2) Alciatus Parergor. VII c. l. Ludovici Doctr. Pand. h. t. § 2. Beyer Delineat jur. civ. 19, 1 Nr. 44. Schaumburg Comp. jur. D. 18, 6 § 1. Boehmer Introd. in jus D. 18, 6 § 11, Madihn Princip. jur. II § 175. Martini Diss. an thes. in fundo emto inventus ad vendit. potius quam emtorem pertineat. Erf. 1709. Lincke Diss. de emtore ante traditionem rei vend. thesaurum vel ejus partem acquirente. Arg. 1724.

3) Für diese Ansicht aus den hier geltend gemachten Gründen erklärt sich auch v. Holzschuher, Theorie und Casuistik B. 2 Abth. 2 S. 630, 631.

Digitized by Google

Puchta, Vorles. II S. 101: Bestritten ist die Frage, wie es in Beziehung auf den Schatz, welcher auf dem geschuldeten Grundstücke gefunden wird, zu halten sei. Die Hälfte des Schatzes, welche der Schuldner als Eigenthümer in Anspruch nehmen kann, gehört auch zu dem commodum rei, diese Hälfte muß daher als solches dem Gläubiger gewährt werden. Eine andere Frage ist aber die hinsichtlich des Schatzes, welchen der Schuldner selbst gefunden hat; muß er hier etwa auch die Hälfte an den Gläubiger herausgeben? Die singuläre Bestimmung, welche das natürliche Recht des Occupanten modificirt, tritt hier nicht in Anwendung, weil ihre Voraussetzung ist, daß Occupant und Eigenthümer verschiedene Personen sind, und diese hier nicht eintritt. Es entsteht mithin gar keine Forderung auf die Hälfte, und darum kann auch nicht von ihrer Devolution an den Gläubiger die Rede sein.

2. Ueber den Erwerb eines Schatzes, welcher auf der unter Vorbehalt des Eigenthums verkauften Sache gefunden ist, bemerkt Duncker im Rhein. Museum V S. 111—113:

Hert (Opusc. P. II tom. 3 Nr. 94, sq. entscheidet diese Frage zu Gunsten des Käufers wegen l. 67 de r. v. Da nach Abschluß des Kaufs jeder Vortheil, den die verkaufte Sache gewährt, dem Käufer zu Gute kommen soll, so scheint die Ansicht den Vorzug zu verdienen, welche die dem Eigenthümer gebührende Hälfte dem Käufer zuspricht. Glück B. 17 S. 190 f. Der Verkäufer erwirbt freilich, so lange er noch Eigenthümer ist, die dem Finder nicht gebührende Hälfte, allein er ist aus dem Verkaufe verbunden, dem Käufer diesen Vortheil zukommen zu lassen. Dasselbe muß daher auch der Fall sein, wenn der Vertrag unter Vorbehalt des Eigenthums abgeschlossen wurde, zumal da der Käufer auch hier die Gefahr der Sache tragen muß.

Diese Bemerkung trifft jedoch den Hauptpunkt nicht, auf den es hier gerade ankommt. Es fragt sich nicht sowohl, ob bei dem cum pacto reservati dominii abgeschlossenen Kaufvertrage der Käufer den dem Verkäufer vor der Uebergabe zugefallenen Schatzantheil als commodum rei zu beanspruchen hat — denn in dieser Beziehung kommen die gewöhnlichen, durch den gedachten Nebenvertrag in nichts geänderten Grundsätze über das periculum et commodum rei venditae zur Anwendung — als vielmehr: ob er vermöge des in Wirksamkeit tretenden Eigenthumsvorbehaltes diesen Vortheil wieder herauszugeben verpflichtet ist. Eine Entscheidung dieser Frage findet sich in dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königr. Sachsen von 1860, welcher die Bestimmung enthält:

§ 247 „Der redliche Besitzer der Sache, in welcher die Gegenstände entdeckt wurden, ferner Derjenige, welcher nur ein widerrufliches Eigenthum an der Sache hat, erwirbt das dem Eigenthümer Zufallende, ohne bei der späteren Rückgabe der Sache zur Ausantwortung desselben verpflichtet zu sein."

Digitized by Google

§ 101. Diese Vorschrift wird mit Recht von Pagenstecher a. a. O. S. 87 (wiewohl ohne nähere Angabe der Gründe) getadelt. Ein noch unentdeckter Schatz ist eine Sache, die sich in Niemandes Eigenthum befindet und auf deren Erwerb auch Niemand ein ausschließliches Recht hat. Der Eigenthümer, in dessen Grundstück ein Schatz verborgen liegt, hat daher in Beziehung auf denselben noch gar kein Recht irgend einer Art erlangt, welches ihm durch die widerrechtliche Handlung eines Andern entzogen werden könnte. Erlangt ein Anderer von Umständen Kenntniß, die ihn mit höchster Wahrscheinlichkeit einen Schatz in dem fremden Grundstücke vermuthen lassen und bringt nun Letzteres, unter Verschweigung dieser Umstände, durch Kauf an sich, so kann nicht davon die Rede sein, daß er sich einen Vortheil aneigne, der dem Verkäufer gebühre. Es beruht daher die Vorschrift des § 101, welche diesen Vortheil dem Verkäufer erhalten wissen will, auf einer ganz ungehörigen Anwendung des im Allgemeinen Landrechte überall vorwaltenden moralischen Princips.

Rechtliche Folgen der Uebertretung gesetzlicher Vorschriften in Ansehung der Schätze.

§ 102. In Betreff der hier unentschieden gebliebenen Frage: wem der Finderantheil zufalle — ob dem Fiskus oder dem Grundeigenthümer — ist zu verweisen auf

Gesetz-Revision Pens. XIII. S. 96.

Erkenntniß des Ob. Trib. vom 11. Mai 1855 (Entscheid. B. 30 S. 421 f.).

Koch, Comment. zum A. L. R. I S. 440, 441.

Vergl. Oesterreich. bürg. Gesetzbuch § 400.

„Wer ... den Fund verheimlichet hat, dessen Antheil soll dem Angeber, oder, wenn kein Angeber vorhanden ist, dem Staate zufallen."

Sächs. Entwurf § 248 s. oben zu § 75.

---

§ 103. Kann der Grundbesitzer, welcher in Betreff des auf seinem Grundstücke gefundenen Schatzes der Obrigkeit die pflichtmäßige Anzeige nicht gemacht hat, das Eigenthum daran durch Verjährung erwerben?

Diese Frage wird nur dahin zu beantworten sein: Entweder ist die Verjährung nicht nöthig, oder sie ist nicht zulässig. — War ein Aufgebot nicht erforderlich, weil aus der Beschaffenheit des Schatzes sich dessen hundertjährige Deposition ergab (§ 79 d. T.), so hat der Grundeigenthümer schon durch die Occupation nicht allein einen rechts-

Digitized by Google

gültigen Titel zum Eigenthumserwerbe, sondern das Eigenthum selbst erlangt (§ 81). Er bedarf daher keiner Verjährung. Die Unterlassung der vorgeschriebenen Anzeige hat sonach nur die Wirkung, daß der Erwerber des Schatzes dem Fiskus in eine Geldstrafe bis zur Hälfte des Schatzwerthes verfällt. War dagegen das Aufgebot des Schatzes, wie bei jeder andern gefundenen Sache, nothwendig, so konnte dem Grundherrn die Occupation nicht schon an sich, sondern nur unter der Voraussetzung das Eigenthum des Schatzes verschaffen, daß derselbe in Folge des Aufgebotes sich als wirklich herrenlose Sache auswies. So lange daher diese Herrenlosigkeit noch nicht feststeht, erscheint die Besitzergreifung nicht als ein zur Erlangung des Eigenthums geschickter Titel, ja der Besitz selbst nicht einmal als ein redlicher, weil der Besitzer wissen mußte, daß er noch nicht Eigenthümer geworden sei. Aus diesem Grunde kann von einer Verjährung nicht die Rede sein. [1])

---

§ 104, 1. Scaevola l. 67 D. de r. v. (6, 1): A tutore pupilli domum mercatus ad ejus refectionem fabrum induxit, is pecuniam invenit; quaeritur, ad quem pertineat? Respondi: si non thesauri fuerunt, sed pecunia forte perdita, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablata, nihilo minus ejus eum esse, cujus fuerat.

Ulp. l. 22 pr. D. Jam. ercisc. (10, 2): Item Labeo scribit: si unus heredum thesaurum relictum a testatore effodit, familiae erciscundae judicio eum teneri, et si cum extraneo conscio partitus sit.

2. Nach dem Ergebnisse der bisherigen Erörterungen besteht der Unterschied zwischen der rechtlichen Behandlung einer verlorenen Sache, deren Eigenthümer nicht zu ermitteln ist, und der eines Schatzes in Folgendem:

a. Bei jener ist allemal zum Zwecke der Ausforschung des Eigenthümers ein öffentliches Aufgebot zu erlassen (§§ 31 ff.); bei diesem bedarf es dessen nicht, wenn aus der Beschaffenheit des entdeckten Schatzes selbst sich ergibt, daß derselbe schon seit Einem oder mehreren Jahrhunderten verborgen gewesen sei (§ 79).

b. Der Finder einer verlorenen Sache erlangt das Eigenthum derselben nur durch richterlichen Zuschlag (§ 49); bei dem Schatze bedarf es niemals eines Zuschlages. Hier tritt der Erwerb schon vermöge des Gesetzes (ipso jure) ein, so bald feststeht, daß die Sache ihren Herrn verloren hat (§§ 81 ff.).

---

1) § 591 d. T. „Wer den Besitz aus einem zur Erlangung des Eigenthums nicht geschickten Titel, oder unredlicher Weise erworben hat, kann niemals eine Verjährung durch Besitz anfangen."

Digitized by Google

c. Der Finder einer verlorenen Sache, deren Werth hundert Thaler nicht übersteigt, erwirbt dieselbe durch den Zuschlag für sich allein (§ 44); bei werthvolleren Sachen wird das Eigenthum zwischen ihm und der Armenkasse des Orts nach einem gewissen Verhältnisse getheilt (§§ 45 ff.). Dagegen erwirbt der Finder den auf eigenem Grunde entdeckten Schatz, auch wenn er noch so beträchtlich ist, für sich allein (§ 81), während er den auf fremdem Grunde gefundenen mit dem Eigenthümer des letzteren gleichmäßig theilen muß (§ 82).

d. Bei der Schatzfindung treten eigenthümliche Confiscationsfälle ein, die auf das Finden verlorener Sachen nicht anwendbar sind (§§ 85—87).

e. Dem früheren Eigenthümer einer verlorenen Sache steht unter Umständen eine Art Restitution gegen seinen Eigenthumsverlust zu (§ 56); bei dem Schatze findet eine solche niemals statt.

---

§ 105, 1. Göschel, Zerstreute Blätter B. I S. 460—463 bespricht folgenden Fall:

> Mir ist mein ganzer baarer Schatz sammt dem wohlverwahrten Kasten weggekommen. Mein Nachbar weiß, wo er hingekommen ist; er kennt den Ort, wo er liegt, wo ich ihn nur zu holen brauchte, wenn ich nur die Stelle kennte; er gesteht es auch selbst, daß er darum weiß. Aber er will mir dennoch seine Wissenschaft nicht mittheilen; er behauptet, dazu rechtlich nicht verpflichtet zu sein.
>
> Sollte ich ihn im Wege Rechtens nicht zur Anzeige zwingen können?

Der Verfasser sucht nun in der That die Rechtspflicht des Nachbars zu einer solchen Anzeige darzulegen, aber in einer Weise, die sich nur als Sophisterei bezeichnen läßt. Denn was soll man zu folgender Deduction sagen?

> Der Jurist bemerkt, daß der Besitzer dem Eigenthümer die Sache blos darum herausgeben müsse, weil sie diesem gehöre, wogegen die Wissenschaft, die ich um die Sache habe, nicht ihrem Eigenthümer, sondern mir eigenthümlich gehöre. Aber gehört nicht zum Eigenthum auch das Recht auf den Besitz, aus welchem jenes erst hervorgegangen ist, und mit diesem das Recht zu wissen, wo sich der Gegenstand des Eigenthums befindet? Zum Eigenthum gehört auch der Besitz, und zum Besitze nicht blos die Gewahrsam, oder Detention, corpus, sondern auch der Wille, animus, welcher wieder das Bewußtsein der Gewahrsam einschließt, so wie wieder aus diesem auf den Willen geschlossen wird. Sollte nun nicht ein Eigenthümer, welchem mit der Sache auch die Wissenschaft, wo sie sich befindet, verloren gegangen ist, vermöge seines Eigenthumsrechts mit Bestande Rech-

Digitized by Google

tens verlangen können, daß der Andere, welcher davon Kenntniß erlangt hat, ihm diese seine Wissenschaft mittheile?

Nun wird aber der Jurist verdrießlich, ... und versetzt kurzweg: es fehle das spezielle Gesetz, welches zu solcher Anzeige zwinge und verpflichte, und mit dem Gesetze auch der äußere Zwang, welcher nur aus dem Gesetze, mit dem Zwange die rechtliche Verpflichtung, welche nur aus dem Zwange originire; kurz, er will das Gesetz Schwarz auf Weiß sehen, womit der Eigenthümer seinen Anspruch zu substantiiren im Stande sei. Allein, wenn nun wirklich das spezielle Gesetz fehlen sollte, so würde es sich doch noch fragen, ob auch das Rechtsprincip fehle, aus welchem die Verpflichtung rechtlich abgeleitet werden könnte. Oder wir müßten alle variae causarum figurae einzeln durchgehen, aber nicht bloß die Reihe passiren lassen, sondern mit ihnen auf den Grund gehen, um zu erfahren, ob nirgends ein Obdach für diesen Fall zu finden sein sollte. — Ist der Besitzer dem Eigenthümer zur Ausantwortung verpflichtet, weil er das hat *und das* leisten kann, was jener fordert und fordern kann, warum sollte *nicht auch* der, welcher um das abhanden gekommene Eigenthum weiß, dem Eigenthümer diese seine Kenntniß, weil er sie hat, mitzutheilen gezwungen werden können? Ist es nicht auch eine Verbindung oder Gemeinschaft in einer und derselben Sache, communio incidens, wenn die Sache Einem gehört und dem Andern die Kenntniß davon beiwohnt, welche zur Wiedererlangung nöthig ist, nachdem sie verloren gegangen war. Ist nicht Jeder, der willkührlich oder unwillkührlich um fremde Angelegenheiten sich bekümmert, dem Eigenthümer, dem dominus negotii verpflichtet? und bin ich nicht wirklich nolens volens in die fremde Angelegenheit hineingezogen, wenn ich mit ansehe oder erfahre, wie mein Nächster seine Geldbörse verliert, und wo sie verborgen liegt? Ist nicht Jeder zu zeugen, und als Zeuge seine Wissenschaft um fremde Angelegenheiten mitzutheilen verpflichtet? Und was verpflichtet ihn dazu? Sie sagen: das Gesetz. Aber ist denn das Gesetz grundlos? gründet es sich nicht selbst wieder auf einen Quasi-Kontrakt, auf die Fiction eines Uebereinkommens, welches der Vernunft gemäß ist, und nicht erst ausdrücklich vertragen zu sein braucht, um zu gelten? Wohl ist Jeder erst im Laufe eines wirklich erhobenen Rechtsstreites zum Zeugnisse, hiermit zur Mittheilung seiner Kenntniß von gewissen Thatsachen verbunden; aber wie nun, wenn zu einem Prozesse keine Veranlassung gegeben, sondern eben nur der Zeuge selbst verklagt werden soll? Das Zeugniß dient ohnehin nur zum Beweise der Thatsachen, welche dem Beweisführer selbst bekannt sind; aber in dem vorliegenden Falle will der Eigenthümer die ihn interessirende Thatsache selbst erst kennen lernen, und darum muß er gegen den klagen, der davon Kenntniß hat. Und ist diese Klage im Grunde etwas anders als die actio ad exhibendum? Wenn Einer eine Schrift als sein Eigenthum hinter sich hat, die über das Eigenthum eines Andern eine diesem unentbehrliche Auskunft beiläufig enthält, so wird er sich nicht entbrechen können, sie dem Interessenten zur Einsicht vorzulegen. Muß er nun die schriftliche Urkunde ediren, welche Nachrichten enthält, die den Gegner interessiren, mit welchem Rechte sollte er die ungeschriebene Urkunde, die er in seinem Gedächtnisse mit sich herumträgt, vorenthalten können?

Digitized by Google

Solche Deductionen, die mehr als Spiele des Verstandes, denn als Rechtswahrheiten erscheinen, tragen ihre Widerlegung in sich.

2. Jemand vergräbt mit Beihülfe seines Freundes A sein Geld an einem entlegenen Orte und stirbt, ehe er seine Erben davon in Kenntniß gesetzt hat. A, der Einzige, der um dieses Geld weiß, zeigt den Erben an, daß der Verstorbene Geld vergraben habe, und erbietet sich, ihnen den Ort zu bezeichnen, jedoch nur unter der Bedingung, daß sie ihm 10 Proz. als Belohnung zusichern. Die Erben wollen sich hierzu nicht verstehen. Um zu dem beanspruchten Finderlohn zu gelangen, macht A nun dem Nachlaßrichter von dem vergrabenen Gelde, unter Bezeichnung des Ortes, Anzeige, und bei der auf dessen Anordnung im Beisein des A, vorgenommenen Nachsuchung wird auch das Geld vollständig vorgefunden.

Hat A einen rechtlichen Anspruch auf die von ihm verlangte Belohnung?

Die Anwendbarkeit des § 105 auf den vorliegenden Fall wird nicht zu bezweifeln sein. Der Besitz des Erblassers ist auf die Erben nicht übergegangen, da diese keine Herrschaft über eine Sache ausüben können, von der sie nicht wissen, wo sie sich befindet. Es ist daher das Geld als eine aus dem Nachlasse entkommene Sache zu betrachten. A aber, welcher den, jedem Andern verborgenen Niederlegungsort kennt, ist offenbar „Derjenige, welcher durch seine Anzeige den Erben zu dem Genusse der Sache, den sie sonst wahrscheinlich hätten entbehren müssen, verholfen hat," wenn mau ihn auch nicht als eigentlichen Finder ansehen kann. Letzteres erfordert das Gesetz auch gar nicht. Denn indem es einem solchen Anzeiger die einem Finder ausgesetzte Belohnung zuspricht, will es offenbar das Finderrecht auf einen Fall angewendet wissen, der ohne diese besondere Vorschrift eine solche Anwendung nicht zuließe. Wollte man im § 105 das wirkliche Finden einer verlorenen Sache voraussetzen, so wäre diese Vorschrift ganz müßig.

Vierter Abschnitt.

Vom Thierfange.

„Der vierte Abschnitt beruht eigentlich auf der bloßen Anwendung der Occupation einer res nullius. Allein die Befugniß zum Thierfange ist durch die eigenthümliche Auffassung des Deutschen Rechts wesentlich anders gestaltet als nach Röm. Rechte."

Heydemann, Einleit. in das Syst. des Preuß. Civilr. I S. 42.

Digitized by Google

1. Vom Thierfange überhaupt.

§ 107. Gaj. l. 1 § 1 D. de acq. rer. dom. (41, 1): Omnia igitur animalia, quae terra, mari, coelo capiuntur, id est ferae bestiae, volucres, pisces, capientium fiunt.

§ 12 J. de rer. div. (2, 1): Ferae igitur bestiae, et volucres et pisces, id est omnia animalia, quae mari, coelo et terra nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur ...

Paul. l. 3. § 14 D. de acq. v. am. poss. (41, 2): Item feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces, quos in piscinas conjecerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sint, aut feras, quae in silvis circumseptis evagentur, a nobis non possideri, quoniam relictae sint in libertate naturali. Alioquin etiam, si quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est. § 15. Aves autem possidemus, quas inclusas habemus, aut si quae mansuetae factae custodiae nostrae subjectae sunt.

Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das K. Sachsen von 1860 § 240: „Wilde Thiere sind herrenlos, wenn sie sich in ihrer natürlichen Freiheit befinden. Wilde Thiere in Thiergärten, Fische in Teichen sind nicht herrenlos."

---

§ 108, 1. § 12. J. de rer. div. (2, 1): ... Quicquid autem eorum ceperis, eousque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coërcetur. Cum vero evaserit custodiam tuam et in naturalem libertatem se receperit, tuum esse desinit, et rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persecutio. [1])

Hugo Grotius de jure belli ac pacis Lib. II cap. VIII § III: ... verius est, non per se amitti dominium, eo quod ferae custodiam evaserint, sed ex probabili conjectura, quod ob difficillimam persecutionem eas pro derelictis habere credamur, praesertim cum internosci quae nostrae fuerint ab aliis non possint. Sed haec conjectura per alias conjecturas elidi potest, ut si addita sunt ferae γνωρίσματα sive crepundia, qualia scimus habuisse cervos quosdam et accipitres, atque inde agnitos et dominis redditos.

Leist, Civilistische Studien Heft III (Jena 1859) S. 86: Occupation ist das Erkämpfen der Sache [2]) ... Das Erkämpfen ist Thätigkeit des Subjects einer widerstrebenden Gewalt gegenüber. Hat man die Gewalt gebändigt, so ist man Eigenthümer, aber es ist dabei eine Fortdauer des Widerstandes denkbar, und es ist immer noch möglich, daß das Widerstrebende sich wieder befreit. Gelingt dies, so ist damit der Begriff des Sieges in sich selbst vernichtet, und also auch das auf den Sieg gebaute Eigenthum. Diese von den Römern anerkannte Zerstörung des occupirten Eigenthums ist also die einfache Folge des Grundbegriffs der Occupation.

---

1) Wörtlich übereinstimmend mit Gaj. l. 3 § 2, l. 5 pr. D. de acq. rer. dom. (41, 1).
2) S. oben S. 430.

Digitized by Google

Gustav Lenz, das Recht des Besitzes und seine Grundlagen (Berlin 1860) S. 266: Um wilde Thiere zu Besitz- und Eigenthumsobjecten umzuschaffen, gibt es nur zwei Wege: wir müssen entweder an einzelnen Artangehörigen durch eine speciell auf sie verwandte Zähmung und Dressur dasselbe Resultat erreichen, was einstmals, auf gleichem Wege für die Hausthiere ebenfalls herbeigeführt werden mußte, jetzt aber für dies ganze Genus erreicht ist; oder durch äußerliche Zwangsmaßregeln die eingefangenen Specien auch bleibend gefangen halten. Besitz und Ergreifung dauert an ihnen fort, so lange jene Gewöhnung anhält, und diese Maßregeln ihrem Zweck entsprechen — so lange also die gezähmten Thiere (mansueta, mansuefacta) den ihnen anerzogenen und ebendeshalb auch wieder verlierbaren, animus revertendi behalten, und die gefangen gehaltenen, aber wild gebliebenen in den Käfigen und sonstigen Sicherheitsanstalten verharren.

Ebendas. S. 275 f.: Die wilden (oder wieder wild gewordenen) Thiere besitzen wir nur insoweit, als wir sie am Fortlaufen verhindern, und verlieren mithin den Besitz, wenn sie trotz der getroffenen Maßregeln, uns dennoch entkommen — also wenn sie Gelegenheit finden, ihrem unterdrückten aber wiedererwachten Triebe zum Entlaufen nachzugeben und wir von ihrer Verfolgung abzustehen genöthigt sind. Hier allein führt der Verlust des Besitzes zugleich den Verlust des Eigenthums der Art nach sich, daß die uns entkommenen Thiere wieder Jedermann zur Aneignung freigegeben sind.

2. Es besitzt Jemand ein noch ungezähmtes Wild. Es entspringt ihm. Er verfolgt es bis auf fremdem Grund und Boden, doch wird dasselbe hier, ehe er es erreicht, von dem Grundeigenthümer gefangen.

Ist Letzterer zur Herausgabe verpflichtet?

Ja; denn so lange das wilde Thier von dem Eigenthümer noch verfolgt wird, dauert dessen Besitz fort, weil es ihm noch möglich ist, die verlorene Gewahrsam wiederzuerlangen (§§ 112, 116 Tit. 7 Th. I A. L. R.).[1] Das Thier ist daher noch nicht in seine natürliche Freiheit zurückgekehrt und deshalb noch kein Gegenstand des Thierfanges

---

1) Vinnii com. in § 13 J. 2, 1 Nr. 2: Cur vero, inquis, cum fera statim ut capta est, nostra fiat, non ex contrario semel capta, si postea elapsa sit, statim nostra esse desinit, sed tamdiu nostra manet, quamdiu eam cum spe recuperandi persequimur? Nimirum quia possessio, ex qua dominia rerum jure gentium coeperunt, facilius retinetur, quam acquiritur. Ad acquisitionem non sufficit rem esse in conspectu nostro, ejusque apprehendae animum et spem aliquam habere: sed manu occupanda et corporaliter apprehendenda est. Ad retinendam autem possessionem semel quaesitam solus animus sufficit: eumque animum tamdiu retinere intelligimur, quamdiu non vana spes est fore, ut mox rem recuperemus; at spe recuperandi sublata, jam animum quoque possidendi nos desinere habere.


Digitized by Google

geworden.[1]) Der Grundeigenthümer war sonach nicht befugt, sich das Wild anzueignen, selbst dann nicht, wenn er es für herrenlos hielt. — Auch die Vorschrift des § 115 d. T. kömmt ihm nicht zu statten, da sich dieselbe nur auf das Einfangen herrenloser Thiere bezieht.

---

§ 109, 1. § 15 J. rer. div. (2, 1): ... In iis autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eousque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant ...[2])

§ 16 J. eod.: ... ideoque si anseres tui, aut gallinae tuae alioquo casu turbati, turbataeve evolaverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui tuaeve esse intelliguntur, et qui lucrandi animo ea animalia retinet, furtum committere intelligitur.[3])

Ulp. l. 8 § 1 D. fam. ercis. (10, 2): Pomponius ait: columbas, quae emitti solent de columbario, venire in familiae erciscundae judicium, quum nostrae sint tamdiu, quamdiu consuetudinem habeant ad nos revertendi; quare si quis eas apprehendisset, furti nobis competit actio. Idem et in apibus dicitur, quia in patrimonio nostro computantur.

Oesterreich. bürgerliches Gesetzbuch § 584: „... Zahme oder zahm gemachte Thiere sind kein Gegenstand des freyen Thierfanges, vielmehr hat der Eigenthümer das Recht, sie auf fremdem Grunde zu verfolgen."

Gustav Lenz, das Recht des Besitzes (Berlin 1860) S. 263 f.: Es leuchtet ein, daß die Verkörperung unseres Besitzwillens an Thieren in der Eigenschaft beruht, wonach sie ihre quellenmäßige Bezeichnung erhalten haben (Res moventes, sese moventes). Indem ihnen die Fähigkeit inwohnt, sich selber fortzubewegen, und sie die allergrößte Neigung haben, von diesem „Naturrecht der Freizügigkeit" den ungemessensten Gebrauch zu machen, scheinen sie überhaupt zu dauerhaftem Besitz ganz ungeeignet. Und doch liegt gerade in dieser ihrer Naturanlage die reale Möglichkeit, auf Grund derer Animalien ebenfalls in bleibende Besitz- und deshalb auch in Eigenthumsobjecte verwandelt werden können. — Es kommt nur darauf an, sie so zu gewöhnen, daß sie von ihrer Fähigkeit zu selbsteigner Fortbewegung den Gebrauch machen, immer wieder zu uns — das heißt nicht gerade zu unserer Person, aber doch zu unserem Haus und Hof — zurückzukehren. Ist dies Resultat für ganze Arten oder auch nur für einzelne Artangehörige erreicht — haben Natur oder Gewohnheit den Trieb zur steten Rückkehr ihnen einmal eingepflanzt, so werden sie gerade durch ihre Fähigkeit zu spontaner Fortbewegung dauerndere Besitz- und Eigenthumsobjecte, als die meisten leblosen Mobilien. Statt im Freien umherzuschweifen, wie im Zustande

---

1) Vergl. § 124 d. T.: „Sobald der Eigenthümer des schwärmenden Stocks die Verfolgung gänzlich aufgegeben hat, ist der Eigenthümer des Grundes und Bodens, auf welchem der Schwarm gefunden wird, denselben einzufangen berechtigt."

2) Wörtlich übereinstimmend mit Gaj. l. 5 § 5 D. de acq. rer. dom. (41, 1).

3) Wörtlich übereinstimmend mit l. 5 § 6 l. c.


Digitized by Google

der Wildheit, gewinnen sie dann eine seelenhafte Anhänglichkeit an uns, oder doch an unser Haus und Hof, die um so intensiver ist, als sie auf der Naturnothwendigkeit eines instinctiven, angeborenen oder anerzogenen Triebes beruht.

2. Ein gezähmtes Wild, welches frei umherschweift, geräth in fremdes Jagdrevier, ohne in seine natürliche Wildheit zurückgekehrt zu sein. Ist der Jagdberechtigte verpflichtet, dem Eigenthümer des Wildes das Aufsuchen und Einfangen desselben in seinem Reviere zu gestatten?

Ja; denn da er nicht befugt ist, sich selbst das Thier anzueignen, oder dasselbe dem Eigenthümer auch nur vorzuenthalten, so muß er gestatten, daß dieser es wieder an sich nehme. [1])

---

§ 110. § 15 J. de rer. div. (2, 1): ... Si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, et fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint. [2])

Donellus, com. de jure civ. Lib. V cap. XII § 22: ... Sic autem bestiae possessionem conservant, dum redeundi retinent consuetudinem; quam ubi deseruerunt, tum plane desinunt possideri; non quia animo suo nobis auferant possessionem, quam animo suo non dederunt, sed quia exinde sic naturalem facultatem eas tenendi amittimus, ut nihil sit in earum consuetudine, quod eam facultatem rursum nobis redituram promittat. Nec mirum si, hac consuetudine omissa, amittimus earum possessionem. Amittimus enim et dominium, si prius earum domini essemus.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 384 ... Im Falle daß ... ein zahm gemachtes Thier durch 42 Tage von selbst ausgeblieben ist, kann es auf gemeinem Grunde jedermann, auf dem seinigen der Grundeigenthümer für sich nehmen und behalten."

Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das K. Sachsen von 1860 § 300 „Wilde Thiere und zahm gemachte Thiere werden dadurch allein, daß sie sich der Macht des Eigenthümers entziehen, nicht herrenlos, sondern erst, wenn sie ihre natürliche Freiheit wiedererlangen." [3])

---

1) Vergl. § 122 d. T. „Er (der Eigenthümer des Mutterstocks) kann die schwärmenden Bienen auch auf fremdem Grund und Boden verfolgen und daselbst einfangen."

2) Vinnii com. in § cit. Nr. 2: Gallorum moribus animalia, quae ex consuetudine abire et redire solent, dominorum esse non desinunt; nec fiunt occupantium, quamvis custodiam nostram evaserint et deseruerint animum revertendi; quod maxime in falconibus et accipitribus observatur.

Heineccius bemerkt dazu: Jure germanico veteri pavones, columbae, immo et picae et cornices mansuefactae mansuetis animalibus accensentur. Weichbild art. 118. Et tamen fiunt occupantium, si citra dolum intra quatriduum domum non redierint. Weichb. ibd. et jus prov. Suev. hic c. 356 § 1. Quae juri Justinianeo plane repugnant. De usu hodierno cf. Schilter Exerc. 45 § 19.

3) In den Motiven (S. 648) wird gesagt: Soviel die Vorschrift des § 240 anlangt, (s. oben zu § 107) so bezieht sich dieselbe blos auf wilde und zahm

Digitized by Google

§§ 111—113.

§ 15 J. de rer. div. (2, 1): Pavonum et columbarum fera natura est: nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent; nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam ... [1])

Leyser med. ad P. spec. 440 m. 5 cor. 1: Quod Philippi in Ecloga ad lib. 2 Inst. Nr. 1. 3. quemlibet in suo columbas alere et columbarium exstruere posse, existimat, non aliter verum est, quam si is, qui columbas habet, agros etiam in vicinia possidet.

Berger, oecon. jur. Lib. II th. II cap. X Note 2: Hodie, secundum Ordinationes Provinciales, certum cuique columbarum numerum, secundum modum agrorum, quos possidet, alere permitti.

Strube, rechtliche Bedenken B. 1 Nr. 223: Das Recht, Tauben zu halten, wird Niemandem verstattet, der nicht in der Nachbarschaft Aecker besitzt. Die Magd. Poliz. Ord. bestimmt Cap. 20 § 20: „So *soll auch* kein Bürger, der nicht Aecker im Felde hat, in der Stadt Tauben *halten.*" Die Cur-Kölnische des Herzogth. Westfalen verbesserte Poliz. Ord. von 1732 bestimmt Tit. 32 § 2, 3: „Den Hausleuten auf den Dörfern wollen wir hiermit Tauben zu halten verboten haben, und da sie dagegen handeln, sollen denselben dieselbe todt geschossen, und sie anbei gebruchtet werden, übrigens aber das Taubenschießen und Fangen hiermit abgethan sein, und die Uebertreter jedesmal mit 3 Mark abgestraft werden."

Diejenigen, welche Tauben halten dürfen, dürfen jedoch deren Anzahl nicht zu sehr mehren. In den Sachsen-Gothaischen, Altenburgschen und Weimarschen, auch den Würtembergschen Landesordnungen ist vorgesehen,

---

gemachte Thiere, während die sogenannten Hausthiere nicht erwähnt werden, weil diese, selbst wenn sie einmal nicht zurückkehren, nicht herrenlos werden und eine Zueignung durch Besitzergreifung bei denselben nicht vorkommen kann. In Beziehung auf die gezähmten Thiere hat man es bei dem gemeinen Rechte gelassen, wonach dieselben herrenlos werden, wenn sie consuetudinem revertendi abgelegt haben. Zwar ergab sich dagegen das Bedenken, daß bei gezähmten Thieren, welche in entfernten Zonen heimisch sind, z. B. bei Affen, Papageien, Canarienvögeln, ingleichen bei den zum einheimischen Wild gehörigen, jedoch an das Haus gewöhnten Hirschen und Rehen, wenn sie fortlaufen oder entfliehen, gegen die Occupation sich ein gewisses natürliches Rechtsgefühl geltend macht, welches darauf beruht, daß hier nicht sowohl von einer, die Anmaßung des Eigenthums rechtfertigenden, mit der Wiederannahme der Wildheit verbundenen Rückkehr in die natürliche Freiheit, sondern lediglich von der Thatsache des zufälligen Entweichens die Rede sei; zumal sich nicht ohne einen gewissen Anschein behaupten läßt, daß auf die zuerst angegebene Art von Thieren der Begriff des reverti in naturalem libertatem nur unter der Voraussetzung anwendbar sei, daß sie in ihre fremde Heimath zurückgekehrt wären. Indessen vermochte man diesem Bedenken insoweit, als es sich um die Feststellung des Zeitpunktes handelt, mit welchem die gezähmten Thiere herrenlos werden, ein Gewicht nicht beizulegen, indem dieser Zeitpunkt auf die Rückkehr in die natürliche Freiheit zu setzen ist; vielmehr glaubte man dasselbe ausreichend zu berücksichtigen, wenn man, wie dieß geschehen ist, den Begriff der natürlichen Freiheit dahin fixirte, daß sich das Thier der Botmäßigkeit seines bisherigen Eigenthümers entzogen habe, was nach den besonderen Verhältnissen des concreten Falles zu beurtheilen ist.

1) Wörtlich übereinstimmend mit Gaj. l. 5 § 5 D. de acq. rer. dom. (41, 1).

Digitized by Google

daß Jedweder auf eine Hufe Landes 8 Paar Tauben, wer aber keine halbe Hufe besitzt, gar keine halten möge.

Esbach ad Carpzov IV const. 36 def. 5; Leyser Jus Georg. II c. 20 Nr. 20.

Wenn auch kein solches Gesetz in einem Lande vorhanden, so kann dennoch die Obrigkeit das zum Schaden der Nachbarn gereichende übermäßige Taubenhalten verbieten.

Klingner, Dorf- und Landrecht P. II p. 192.[1])

Preuß. Feldpolizeiordnung vom 1. November 1847 § 40: „Tauben, welche Jemand hält, ohne ein wirkliches Recht dazu zu haben, sind, wenn sie im Freien betroffen werden, ein Gegenstand des Thierfangs (A. L. R. Th. I Tit. 9 § 111).

Durch Gemeindebeschlüsse kann aber sowohl in Städten, als in ländlichen Gemeinden bestimmt werden, daß auch die Tauben desjenigen, welcher ein Recht hat, solche zu halten, wenn dieselben zur Saat- und Erntezeit im Freien, und besonders auf den Aeckern betroffen werden, Gegenstand des Thierfangs sein sollen. Dergleichen Gemeindebeschlüsse bedürfen jedoch zu ihrer Gültigkeit der Bestätigung der Regierung."

---

§ 115. 1. Diese Vorschrift ist dem römischen Rechte, aber nicht der älteren gemeinrechtlichen Lehre fremd.

§ 12 J. de rer. div. (2, 1): ... nec interest feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno. Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi[1a]) gratia, potest a domino, si is providerit, prohiberi, ne ingrediatur ...[2])

Vinnii com. in § 12 J. 2, 1 Nota 2: In praedio alieno invito domino venari non licet, et si quis id fecerit, tenetur actione injuriarum. Ceterum captum nihilominus capientis fit, quia prohibitio conditionem animalis non mutat.

Voet com. ad P. XLI, 1 Nr. 4: Nec interest, feras bestias et volucres utrum in publico an privato, suo an alieno loco quis capiat, sciente ac consentiente an invito fundi domino. Licet enim non sit consentaneum, ut per aliena praedia invitis dominis aucupium fiat, aut venatio instituatur, et ob id adversus ingredientem, domino vetante, prodita sit injuriarum actio, non tamen eo minus fera capta ab eo, qui domino invito fundum ingressus est, capientis efficitur, quia etiam post factam a domino ingressionis prohibitionem nullius manet, et quod nullius est, naturali ratione occupanti conceditur. Nec movere debet, quod

---

1) Vergl. auch Müller de jure columb. p. 15 sq. Struv Synt. jurid. Exer. 41 th. 17.
Hagemann, Landwirthschaftsrecht § 285.
Münter, Weiderecht § 287.

1a) Callistrat. l. 16 D. de serv. pr. rust. (8, 3): Divus Pius aucupibus ita rescripsit: non est consentaneum rationi, ut per aliena praedia invitis dominis aucupium faciatis.

2) Uebereinstimmend mit Gajus l. 2 § 1 D. de acq. rer. dom. (41, 1).

Digitized by Google

ita venator ex sua improbitate, injuriâ nempe domini fundi illatâ, lucrari videatur. Distinguendus enim omnino est actus ingressionis ab actu occupationis, nam actus quidem ingressionis illicitus est, quia versatur circa rem seu fundum non nullius, sed alicujus, et ideo injuriarum actione coërcetur ingrediens, sive post ingressionem occupatio ferae secuta sit, sive non, ... at occupationis actus etiam post prohibitionem mansit permissus, versans quippe circa id, quod nullius est, ideoque naturali ratione occupanti conceditur. ... [1])

Gesterding, die Lehre vom Eigenthum S. 78, 79: Wenn gegen das Verbot des Eigenthümers der Jäger das fremde Gebiet betrat und das Wild gefangen nahm, so entsteht die Frage, ob er durch diese widerrechtliche Handlung das Eigenthum des Wildes erworben habe. Schon die Glossographen warfen diese Frage auf und beantworteten sie nicht alle auf dieselbe Weise. Die späteren Rechtsgelehrten sind fast einstimmig der Meinung, daß das gefangene Thier dem Jäger gehöre, obgleich er das fremde Gebiet, wo er es fing, gegen den Willen des Eigenthümers betrat. [2]) Daß diese Entscheidung dem Römischen Rechte gemäß sei, kann kaum einen Augenblick bezweifelt werden. Das Thier ist immer ein herrenloses, wo es sich auch befinden mag, und als solches fällt es Demjenigen zu, der sich desselben bemächtigt. Aus der unerlaubten Handlung des Jägers folgt weiter nichts, als daß er den dadurch verursachten Schaden ersetzen muß l. 13 D. de injur.; auf das Eigenthum des Thieres ist dies ohne Einfluß. ...

Walter, System des gem. deutsch. Privatrechts § 126: Daß an herrenlosen Dingen durch die bloße Thatsache der Occupation das Eigenthum erworben werde, liegt in der Natur der Sache und gilt auch noch jetzt. Ob die Occupation von einem dazu Befugten oder Unbefugten geschah, darauf kommt es für den dinglichen Gesichtspunkt nicht an. Allerdings kann im zweiten Falle der Occupant nach Umständen mit einer persönlichen Klage auf Strafe belangt werden, und dieses kann auch zur Herausgabe des erlegten Wildes führen. Man muß daher zwei Gesichtspunkte wohl unterscheiden: die Occupation an sich und das Recht zur Occupation.

Böcking, Pandekten des röm. Privatr. § 150 B. 2 S. 127: Die factische Berechtigung zur Occupation ist nicht erforderlich, damit sie als Eigenthumserwerb wirke.

Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum Abth. II S. 65: Da das wilde Gethier schon um seiner freien Beweglichkeit willen nicht Zu-

1) Donellus, com. de jure civ. Lib. IV cap. VIII § 11: ... capere feram bestiam in alieno, ut tuam facias, non est prohibitum, quoniam in capiendo et acquirendo eo, quod nullius est, nulli fit injuria ... contra jus facit, qui alienum, invito domino, ingreditur, facitque ea re domino injuriam, adversus quam et, re integra, occurrere licet, et, perfecta injuria, poenam persequi: sed injuria in eo, quod rei alienae usum domino aufert, non in eo, quod capit id, quod ante nec ejus domini est, nec cujusquam alterius.

2) So z. B. Giphanii Lecturae Altorphinae p. 324; Höpfner, Comment. § 300 und mehrere von diesem genannte Schriftsteller. Nur Cujas, lib. 4 obs. cap. 2, hegt die Meinung, das Thier gehöre in dem angenommenen Fall dem Jäger nicht. Er beruft sich auf l. 55 D. de acq. rer. dom. Aber mit Unrecht.

Digitized by Google

wachs [1]) des Bodens sein kann, auf welchem es sich zufällig aufhält, und mit welchem dasselbe überdies nicht verbunden ist: so muß es für den Sacherwerb selbst irrelevant sein, ob man sich auf eignem, oder auf herrenlosem, oder auch gar auf fremdem Boden seiner bemächtigt.

Vergl. dagegen Leyser, medit. ad P. spec. 440 m. 5: Qui feram bestiam in fundo alieno contra domini vel legis prohibitionem capit, dominium ejus nullo jure consequitur. Recte Moserus in den unpartheyischen Urtheilen p. 242 irridet Maierum in libello de Jure venandi Romano-Germanico existimantem, feram bestiam in fundo alieno contra legum dominive prohibitionem captam tamen fieri capientis. Sed Maiero facilius ignosci potest, qui sententiam suam ex jure Romano, quod utique dubium est, tenetur. Magis miror, Pufendorffium de Jure naturae et gentium lib. 4 cap. 6 § 5 idem de jure naturali adfirmare. [2]) Ego omni prohibitione naturaliter dominii adquisitionem impediri credo, nec cum Zieglero de Juribus majestatis lib. 2 cap. 14 § 24 necessarium puto, ut prohibens hoc ultimum expresse dicat. Quin imo, dum leges Romanas accuratius considero, pertrahor in partes Cujacii, qui lib. 4 Observ. 2 ait, etiam secundum illas, inprimis l. 55 de acq. rer. dom. capientem, qui juste prohibitus fuit, non effici dominum.

2. Von neueren Gesetzgebungen bestimmen:

das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 382. „Frey stehende Sachen [3]) können von allen Mitgliedern des Staates durch die Zueignung erworben werden, insofern dieses Befugniß nicht durch politische Gesetze eingeschränkt ist, oder einigen Mitgliedern das Vorrecht der Zueignung zusteht." § 383. „Dieses gilt insbesondere von dem Thierfange. Wem das Recht zu jagen oder zu fischen gebühre ..., ist in den politischen Gesetzen festgesetzt ..."

Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Königr. Sachsen von 1860 § 242. „Herrenlose Sachen, bei welchen nach den Gesetzen ein ausschließliches Recht der Zueignung in Bezirken oder auf einzelnen Grundstücken besteht, kann nur der Berechtigte durch Besitzergreifung eigenthümlich erwerben." [4])

---

1) Der Schwabenspiegel entscheidet entgegengesetzt und so leider die gemeine Praxis. Hier ist in der That das Unvernünftige Recht geworden. Schmid, Handbuch, besonderer Theil (1847) S. 57 f.

2) Vergl. Christ. de Wolff, instit. jur. nat. et gent. (Hal. 1750) § 219: Quia res derelicta sit nullius, naturaliter occupantis est, si vero jus occupandi occupatum est, eam acquirere nequit, nisi is, cui jus occupandi proprium est.

3) Das Oesterreich. Gesetzbuch kennt den Ausdruck herrenlos nicht, sondern gebraucht den Ausdruck „freistehend" (§§ 287. 381. 382. 387. 481). Dies hängt mit der älteren Ansicht von einem dominium eminens des Staates am gesammten Staatsgebiet zusammen, kraft dessen dem Staat an allen Sachen, die sonst keinen Eigenthümer haben, ein sofortiges Eigenthum zustehen soll. Unger, System des österr. allg. Privatr. I S. 362 Note 1.

4) Unger in seiner Kritik des gedachten Entwurfes (Leipzig 1861) bemerkt dazu S. 109: „Der Entwurf berührt hier eine bekannte Verirfrage des deutschen Rechts über den Eigenthumserwerb an s. g. anspruchigen Sachen (res jacentes,

Digitized by Google

3. Steht dem Grundeigenthümer in dem Falle des § 115 ein Vindicationsrecht gegen den Besitzergreifenden zu?

Man wird diese Frage selbst dann verneinen müssen, wenn man annimmt, daß das Gesetz der als widerrechtlich bezeichneten Occupation die Kraft entzogen hat, den Besitzergreifer zum Eigenthümer zu machen. Denn damit wäre immer nur entschieden, daß das gefangene Thier in der Person des Occupanten keinen Herrn bekommen hat, nicht aber, daß es in das Eigenthum des Grundbesitzers übergegangen ist. Es fehlt auch in der That an jedem Rechtsgrunde, um einen Eigenthumserwerb Seitens des Letzteren annehmen zu können. Ein solcher ipso jure eintretender Erwerb ließe sich nur in der Weise denken, wie ihn das römische Recht in Ansehung des ohne Bewilligung des Grundeigenthümers auf *fremdem* Grundstücke gesuchten und gefundenen Schatzes kennt. [1]) Dazu bedarf es aber der Vermittelung des Gesetzes (§ 4 d. T.). Und diese ist in dem § 115 nicht zu finden. Wir müssen uns an die Worte dieses Gesetzes halten, welches in dem vorausgesetzten Falle dem Occupanten die Verbindlichkeit auflegt: „das Gefangene dem (Grund-) Eigenthümer auf desselben Verlangen unentgeltlich auszuliefern," damit aber, dem Grundeigenthümer gegenüber, nur eine persönliche Verpflichtung (eine obligatio quasi ex delicto) schafft. Diese Verpflichtung ist an das unbefugte Eindringen in fremdes Gebiet geknüpft und besteht in gleicher Weise, man mag nun den Occupanten als den Eigenthümer des gefangenen Thieres betrachten, oder nicht. [2])

---

vergl. Gerber System § 92 Note 3. Walter System § 126), löst sie aber nicht in gelungener Weise. Wem gehört hiernach der Hase, den der Wilderer schießt? Nicht diesem, denn er hat kein Occupationsrecht, nicht dem occupationsberechtigten Grundeigenthümer, denn er hat nicht occupirt, nicht dem dritten Käufer des erlegten Wildes, denn nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. Wem gehört also das erlegte Wild? Hat der Occupationsberechtigte einen Anspruch auf Auslieferung desselben, und mit welcher Klage und gegen wen kann er diesen Anspruch geltend machen? Auf alle diese Fragen bleiben uns Entwurf und Motive die Antwort schuldig, und es wird nicht leicht möglich sein, vom Standpunkt des § 242 aus eine solche zu geben.

1) Siehe oben die Glossen zu § 85 d. T.

2) Vergl. Vinnii com. in § 13 J. 2, 1 Nr. 4 i. f.: Illud scire operae pretium est, non acquisitioni animalis capti, sed juri venandi derogatum esse. Unde si homo plebejus, aut quis alius, cui jus venandi non est, feram venando ceperit, licet incidat in poenam legibus constitutam, fera tamen nihilominus illius fit: et quamvis capta jubeatur capienti auferri, id non tam ideo fit, quia capientis facta non est, sed quasi ab indigno et poenae causa. Eadem plane ratione, qua laquei, jaculi, aliaque id genus instrumenta venatoria hujusmodi hominibus adimuntur. Quod si vero id, quod

Digitized by Google

4. Findet die Vorschrift des § 115 auch gegen Denjenigen Anwendung, der eine res derelicta auf fremdem Boden occupirt?

Die gedachte Vorschrift beruht auf keinem allgemeinen Rechtsgrundsatze und ist daher vermöge ihrer singulären Natur nicht ausdehnend zu erklären. — Daß der Gesetzgeber sie nicht bloß auf ursprünglich herrenlose, sondern auch auf herrenlos gewordene, dem Thierfange unterworfene Thiere bezogen wissen will, ergibt theils der § 114 durch die Bezugnahme auf die §§ 107—111, theils der § 125, welcher jene Bestimmung ausdrücklich auch in Ansehung Desjenigen für anwendbar erklärt, der vom Eigenthümer verlassene Bienen auf fremdem Grunde und Boden einfängt.

Auf die Besitznahme verlassener Sachen überhaupt wird jedoch der Paragraph nicht zu beziehen sein, da er nur vom Thierfange handelt.

5. Eine weitere Frage ist:

ob und inwiefern der § 115 Anwendung leidet, wenn das Nutzungsrecht am Grund und Boden nicht dem Eigenthümer, sondern einem Dritten zusteht und das Thier

a. vom Eigenthümer selbst ohne Vorwissen des Nutzungsberechtigten,

b. von dem Letzteren ohne Vorwissen des Eigenthümers,

c. von einem Dritten ohne Vorwissen jener Beiden

gefangen wird?

Antwort zu a: Der Eigenthümer ist zur Herausgabe des Thieres nicht verpflichtet, weil er es nicht auf fremdem Grunde gefangen hat, auch ein Thier, welches „weder zur Jagd- noch zur Fischereigerechtigkeit geschlagen" ist, zu den Nutzungen des Bodens nicht gehört;

zu b: ebensowenig der Nutzungsberechtigte, weil er nicht fremden Grund und Boden ohne Willen des Eigenthümers betreten hat.

zu c: Nur der Eigenthümer ist die Herausgabe zu fordern befugt, weil der § 115 nur ihm ein solches Recht, das nicht als fructus fundi zu betrachten ist, beilegt.

---

ita captum est, alteri ex bona fide accipienti ex justa causa traditum sit, adimi hoc ei non poterit, neque enim furtivum, aut alienum possidet, ut ab eo vindicari queat. Neque dici potest poenam legis mereri, qui nihil deliquit, nihil contra legem fecit.

Digitized by Google

6. Endlich läßt sich auch fragen:
   Was gilt, wenn das Grundstück Mehreren ungetheilt gehört und das Thier
   a. von einem Miteigenthümer ohne Vorwissen der übrigen,
   b. von einem Dritten nur mit Vorwissen des einen Eigenthümers;
   c. von einem Dritten ohne Vorwissen auch nur eines Eigenthümers gefangen wird und nur einer der Grundeigenthümer die Herausgabe verlangt?

Antwort zu a: Der Miteigenthümer ist zur Herausgabe nicht verpflichtet, weil die Voraussetzung des § 115 bei ihm nicht zutrifft.

zu b: Auch in diesem Falle ist der Paragraph *nicht* anwendbar, weil die Einwilligung des einen Eigenthümers hinreicht, um das Betreten des Bodens zu einem erlaubten zu machen.

zu c: Jeder von den Miteigenthümern ist für sich allein befugt, die Herausgabe der Sache zu verlangen. Machen die Miteigenthümer zugleich dieses Recht geltend, so muß die Herausgabe an sie gemeinschaftlich erfolgen. Geschieht die Geltendmachung nicht zu gleicher Zeit, so wird die Prävention entscheiden müssen. Die Vorschrift des § 450 Tit. 5 Th. I des A. L. R. läßt sich hier nicht analog zur Anwendung bringen, schon deshalb nicht, weil die Herausgabe des gefangenen Thieres nur „auf Verlangen" des Grundeigenthümers zu leisten ist, also nur Derjenige, der ein solches Verlangen stellt, ein Recht auf die Herausgabe hat.

---

§ 116. In Betreff dieser Vorschrift ist auf die Glossen zu §§ 128, 129 d. T. zu verweisen.

2. insonderheit von Bienen. [1])

---

1) Die deutschen Rechtsquellen in Betreff des Bienenrechts sind zusammengestellt in Kraut's Grundriß § 109 Nr. 17—23.

Gans in Weiske's Rechtslexicon B. II S. 214—216 bemerkt:

Gesetzliche Quellen über das Bienenrecht sind sparsam. Das Bienenrecht verdankt seine Ausbildung dem Gewohnheitsrechte, von welchem Einzelnes schon aus sehr alten Zeiten nachgewiesen werden kann. Höchst schätzbare Materialien sind dazu gesammelt von Biener, disput. jur. rom. et germ.

Digitized by Google

§§ 118—126.

§ 14 J. de rer div. (2, 1):[1]) Apium quoque natura fera est.[2]) Itaque quae in arbore tua consederint, antequam a te alveo includantur, non magis tuae intelliguntur esse, quam volucres, quae in arbore tua nidum fecerint: ideoque, si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque si quos effecerint, quilibet eximere potest. Plane integra re si provideris ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere, ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex alveo tuo evolaverit, eousque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est, nec difficilis ejus est persecutio:[3]) alioquin occupantis fit.[4])

---

de apibus (Lips. 1773) und Bülow und Hagemann, prakt. Erört. Th. 2 Nr. 7, Th. 6 Nr. 7, Th. 7 Nr. 122, 123.

Die nach den bisher bekannt gewordenen Gesetzen und Gewohnheitsrechten feststehende Summe desjenigen, was man als Bienenrecht in Deutschland annehmen kann, läßt sich in folgende Sätze zusammenfassen:

1. Bienenschwärme, welche sich nicht im Eigenthum und actuellen Besitze eines Andern befinden, können als res nullius von dem beliebigen Besitzergreifer als Eigenthum erworben werden, mit Ausnahme jedoch solcher Schwärme von Waldbienen, welche sich in herrschaftlichen und privaten Forstgehägen finden; denn diese sind nach uraltem Herkommen Eigenthum des Forstherrn.
2. Das Eigenthum der Bienen ist durchaus abhängig von dem unmittelbaren Besitze derselben, und ein entflohener Bienenschwarm kann daher von dem Eigenthümer nur so lange als Eigenthum zurückgefordert werden, als derselbe mit den Augen verfolgt werden kann, und fremdes Eigenthum nicht verletzt zu werden braucht, um ihn wieder zu ergreifen.
3. Im Widerspruche mit dem Princip, daß die Bienen den wilden Thieren gleich zu achten seien, ist deren Eigenthümer, sofern er überhaupt zum Fleisch- und Blutzehnten verpflichtet ist, verbunden, auch von seinen Bienen den Fleisch- und Blutzehnten zu entrichten, was aber herkömmlich mit Gelde geschieht.
4. Die Bienenzucht ist ein völlig freies Gewerbe, es ist also Niemand verboten, solche zu betreiben.
5. Auf seinem eigenthümlichen Grund und Boden kann ein Jeder nach seinem Belieben Bienen halten, wenn nicht Vertrag oder qualifizirte Verjährung entgegenstehen, oder öffentliche Polizeirücksichten dieses verbieten.
6. Werden dagegen auf Gemeinheiten Bienenschwärme angelegt, so ist der spätere Eigenthümer verpflichtet, seine Stelle von einer früher bestehenden soweit entfernt zu halten, daß diesem dadurch kein Nachtheil zugefügt wird.

Vergl. auch v. Holzschuher, Theorie u. Casuistik Bd. II Abth. 1 S. 146 f.

1) Uebereinstimmend mit Gajus l. 5 § 2—4 D. de acq. rer dom. (41, 1).

2) Vinnii com. in § 14 cit.: omnes apes natura feras esse, non eas solas, quas rusticae scriptores sylvestres appellant.

3) Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenthum Abth. II S. 66, 67 bemerkt: Entronnen ist das dem Gesichtskreise des verfolgenden Herrn entrückte, oder auch nur schwer weiter zu verfolgende Thier. Abweichend setzt das Preuß. L. R. I 9 § 124 diese Wirkung erst in den Zeitpunkt, in welchem die Verfolgung gänzlich Seitens des Herrn aufgegeben ist.

4) Auf die Bienen bezieht sich auch ein interessantes uns außerhalb der Justinianischen Compilation erhaltenes Fragment aus Ulpian's Edictcommentar (Mos.

Digitized by Google

Hommel Rhaps. I obs. 68 Nr. 1: Apes fundum domini evolarunt illico occupanti cedunt, neque domino earum persecutio quicquam prodest. Sequimur hac in re articulum 119 Weichbildi, in quo scriptum: Fleucht ein Bienenschwarm auf eines Mannes Haus und Hof zu seinen Nachbarn, dieser ist den Schwarm näher zu behalten, denn jener, der ihm nachfolget, denn die Biene ist ein wilder Wurm. Possum enim prohibere, ne quis me invito meas aedes introeat. Hoc interest inter apes evolatas et feram vulneratam. Nam feram ita vulneratam, ut sanguinem emittat, prosequi possum in alienam silvam, atque illinc capere, ut in Speculo Saxonico lib. 2 art. 61 scriptum est.

Carpzov. Opus Decis. dec. 295: Apum examen, quod ex alveo meo evolavit, jure a me occupatur et includitur, etiam in foro Saxonico, si in ramo arboris alienae in hortum meum extenso consederit.

Hagemann, pract. Erört. B. 7 Nr. 122: Das alte Sachsen-Recht bestimmt und zwar ohne alle Einschränkung, ob der Bienenschwarm außer des Eigenthümers Gesicht gekommen ist, oder nicht, daß wenn ein Bienenschwarm aus eines Mannes Hofe oder Hause zu seinem Nachbar flöge, dieser den Schwarm zu behalten, mehr berechtigt sei als jener, weil die Biene als ein wilder Wurm angesehen werden müsse. Aber bei dem Mangel besonderer Landesgesetze oder Observanzen ist ohne Zweifel das röm. Recht hierbei zu befolgen, nach welchem ein aus dem Korbe weggeflogener Bienenschwarm nur so lange dem Eigenthümer gehört, als er noch in dessen Gesicht ist, und von ihm leicht verfolgt werden kann; widrigenfalls gehört er dem, der sich dessen bemächtigt hat.

Bluntschli, deutsch. Privatrecht § 71 S. 203 (2. Auflage): Eigenthümliche Rechtsgrundsätze hat das deutsche Recht schon in alter Zeit über das Eigenthum an den Bienen ausgesprochen. Die Biene ist zwar auch ein „wilder Wurm" und tritt, wenn sie den Stock des Eigenthümers verläßt, auch aus dem Eigenthum jenes heraus; aber es wird doch dem bisherigen Eigenthümer gestattet, noch einige Zeit — in der Regel am dritten Tage noch — den weggeflogenen Bienenschwarm zu verfolgen, auch auf fremdem Boden Versuche anzustellen, den Schwarm wiederzugewinnen, und soweit dies gelingt, das Eigenthum daran zu behaupten. Es ist das im Gegensatz zum röm. Recht Ausdehnung des Eigenthumsschutzes.

Vergl. auch Beseler, System des gem. deutsch. Privatr. B. 2 S. 74.

Oesterr. bürgerl. Gesetzbuch § 384. „Häusliche Bienenschwärme"... sind kein Gegenstand des freyen Thierfanges, vielmehr hat der Eigenthümer das Recht, sie auf fremdem Grunde zu verfolgen;[1]) doch soll er

---

et Rom. L. L. Collatio XII 7, 10)... Celsus libro XXVII dig. scribit: Si, cum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, quosdam negare, competere legis Aquiliae actionem — inter quos et Proculum — quasi apes revenire soleant, et fructui mihi sint. Sed Proculus eo movetur, quod nec mansuetae, nec ita clausae fuerint. Ipse autem Celsus ait: nihil inter has et columbas interesse, quae si mane effugiunt, domum tamen refugiunt.

Gustav Lenz, das Recht des Besitzes S. 267.

1) Auch das Franz. Recht nimmt eine servitus viae necessariae in dem Falle

Digitized by Google

dem Grundbesitzer den ihm etwa verursachten Schaden ersetzen. Im Falle, daß der Eigenthümer des Mutterstockes den Schwarm durch zwey Tage nicht verfolgt hat, ... kann ihn auf gemeinem Grunde jedermann, auf dem seinigen der Grundeigenthümer für sich nehmen und behalten."

Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das K. Sachsen von 1860 § 241. „Der Eigenthümer eines Bienenstockes ist berechtigt, den ausfliegenden Schwarm in den nächsten zwei Tagen nach dem Ausfluge auf fremdem Grund und Boden wieder einzufangen, [1]) muß aber den dabei entstandenen Schaden dem Grundeigenthümer ersetzen. Ist ein Bienenschwarm von dessen Eigenthümer innerhalb dieser Zeit nicht wieder eingefangen worden, so ist er herrenlos."

---

3. Von der Jagd. [2])

§ 127. „Das Germanische Recht des Thierfanges als Ausfluß des Grundeigenthums ist wiederhergestellt durch das Gesetz, betreffend die Aufhebung des Jagdrechts auf fremdem Grund und Boden und die Ausübung der Jagd, vom 31. Oktober 1848 (G.-S. S. 343). Die Ausübung des Jagdrechts aber ist wieder geregelt durch das Jagdpolizei-Gesetz vom 7. März 1850 (G.-S. S. 165)."

Heydemann, Syst. des Preuß. Civilr. im Grundrisse S. 49.

---

an, da Einer einen ihm gehörigen Bienenschwarm auf fremdem Grund und Boden verfolgt.

Zachariä von Lingenthal, Handbuch des Franz. Civilr. B. 2 S. 53 (5. Auflage).

1) In den Motiven (S. 648, 649) wird dazu bemerkt: „Dieses Recht ist weiter nichts, als ein Ausfluß des allgemeinen Satzes, daß Jeder seine Sachen, die ihm zufällig entführt werden, z. B. den Hut, den der Wind entrissen, vom fremden Grund und Boden wieder abzuholen berechtigt ist."

2) Die deutschen Rechtsquellen über die Ausübung der Jagdgerechtigkeit s. in Kraut's Grundriß § 122 Nr. 1—7.

v. Gerber, System des deutsch. Privatr. § 93 sagt: Die Jagdberechtigung hat zwei wesentlich verschiedene Seiten. Sie tritt zunächst als eine ausschließliche Berechtigung zu einer bestimmten Art des Eigenthumserwerbes hervor. Die Occupation wilder Thiere steht hiernach dem Jagdberechtigten insoweit zu, als die örtliche und innere (d. h. die Art der Thiere betreffende) Ausdehnung dieser Berechtigung reicht. Im Uebrigen gelten über diesen Act des Eigenthumserwerbes selbst die Grundsätze des röm. Rechts.

Nach der anderen Seite hin erscheint die Jagdberechtigung als die Befugniß zu einer Reihe von Handlungen, welche nicht bloß auf die Occupation selbst, sondern auch auf die Herbeiführung der Möglichkeit derselben (Hegung des Wildes) in gewinnsüchtiger Absicht gerichtet sind. In dieser Beziehung nähert sich die Jagdberechtigung dem Begriffe eines Gewerberechts, und unterliegt als solche mehrfachen Beschränkungen von Seiten der Grundeigenthümer und der Staatsgewalt.

Digitized by Google

§§ 128, 129. 1.

§ 13 J. de rer. div. (2, 1): Illud quaesitum est, an si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intelligatur. Quibusdam placuit, statim esse tuam, et eousque tuam videri, donec eam persequaris. Quodsi desieris persequi, desinere tuam esse, et rursus fieri occupantis. Alii non aliter putaverunt tuam esse, quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere possunt, ut eam non capias.[1])

Proculus l. 55 D. de acq. rer. dom. (41, 1): In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit; quum in eo haereret, exemtum eum abstuli. Quaero: num tibi videar tuum aprum abstulisse? et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimisissem, eo casu tuus esse desiisset, an maneret? et quam actionem mecum haberes, si desiisset tuus esse? num in factum dari oporteret? Respondit: laqueum, videamus, ne intersit in publico, an in privato posuerim; et si in privato posuerim, utrum in meo, an in alieno; et si in alieno, utrum permissu ejus, cujus fundus erat, an non permissu ejus posuerim?[2]) praeterea, utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit? Summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenerit, meus factus sit; sin autem aprum meum factum in suam naturalem laxitatem dimississes, eoque facto meus esse desiisset, actionem mihi in factum dari oporteret, veluti responsum est, quum quidam poculum alterius ex nave ejecisset.[3])

Hugo Grotius de jure belli ac pacis Lib. II cap. VIII § IV: Sed possessio illa potest acquiri non solis manibus, sed instrumentis, ut decipulis, retibus, laqueis, dum duo adsint: primum ut ipsa instrumenta sint in nostra potestate, deinde, ut fera ita inclusa sit, ut exire inde nequeat. Ad quem modum definienda est quaestio de apro, qui in laqueum inciderit.

2. Der § 129 spricht von einem Thiere, „welches bloß angeschossen worden.“ Daraus ist aber nicht zu folgern, daß in Ansehung des tödtlich verwundeten etwas Anderes gelten soll. Es würde dies dem im § 128 aufgestellten allgemeinen Grundsatze, wovon der § 129 die bloße Anwendung auf spezielle Fälle enthält, widersprechen; denn durch die tödtliche Verwundung allein ist das Thier noch nicht in die

---

1) Uebereinstimmend mit Gajus l. 5 § 1 D. de acq. rer. dom. (41, 1).

2) Vergl. Puchta, Vorles. Beilage XVII B. 1 S. 452, 453: In l. 55 cit. scheint ein Gewicht auf die Berechtigung gelegt zu sein in den Worten ne intersit etc. Dies war auch die Meinung mehrerer Juristen, z. B. des Cujacius. Aber dem ist nicht so. Der Jurist selbst stellt Alles auf die potestas. Die angeführten Umstände haben Einfluß darauf. 1. Wenn in publico oder in privato ohne Willen des Eigenthümers das Netz gelegt ist, so liegt die Möglichkeit des Zuvorkommens eines Andern ganz nahe. 2. Ist dies nicht der Fall, so ist darauf zu sehen, ob das Thier nicht selbst dem Jäger zuvorkommt.

3) Ueber die Erklärung dieses Fragments vergl. Gustav Lenz, das Recht des Besitzes (Berlin 1860) S. 271 f.

Digitized by Google

Gewalt des Jagenden gekommen." Dies ist auch in **Klein's** Materialien ausdrücklich ausgesprochen, indem sie den Satz enthalten:

„Wenn auch das angeschossene Wild den tödtlichen Schuß schon empfangen hat, so ist doch die Besitznehmnug noch nicht vollzogen, so lange es noch fortläuft."

Simon und v. **Strampf**, Materialien des Allg. Land-Rechts zu der Lehre von Gewahrsam und Besitz. S. 21.

Vergl. **Berger**, Dissert. jur. selectae Disput. XXV § 25: ... Quid autem, si fera ita vulnerata sit, ut aliter fieri non possit, quam ut caperetur, utputa quia sit semimortua, an tum statim efficietur vulnerantis? Affirmat **Mohr** de jure venandi p. 1 c. 8 N. 10. Cujus tamen auctoritate non obstante, contrarium verius puto, quod et Theophilus sensit, nempe feram, ab aliquo vulneratam, etiam lethali vulnere, non aliter effici vulnerantis, quam si ab eo capta fuerit, et ideo, si ea vulnerata fugiens per alium capta sit, ipsius capientis fieri ...

3. Eine andere Frage ist:

ob das vom Jäger verfolgte Wild in dem Augenblicke, wo es von ihm **getödtet** ist, als occupirt gilt.

Gesterding, Lehre vom Eigenthum, bemerkt hierüber (S. 76, 77):

Die Verwundung des Thieres ist zur Occupation nicht hinlänglich. Wie aber, wenn der Jäger es getödtet hat? Die Rechtsgelehrten stehen nicht an, ein getödtetes Thier als occupirt zu betrachten. Was sie aber mit so großer Sicherheit, und als verstehe es sich ganz von selbst, behaupten, scheint uns gar nicht außer Zweifel gestellt zu sein. Die Tödtung ist doch in der Welt nichts mehr, als eine Vorbereitung zur Occupation, als ein Mittel, wodurch die nachfolgende Occupation erleichtert wird. Kann man sagen, daß ein Thier gefangen sei, weil es erlegt ist? Das R. R. erfordert, daß es gefangen sei, es schweigt von der Tödtung, obgleich die Veranlassung, davon zu reden, so nahe lag. Und paßt nicht dasselbe, was von dem, obgleich tödtlich **verwundeten** Thiere gesagt wird, auch auf das getödtete: multa accidere possunt, ut eam non capiamus?

Anderer Ansicht ist **Pagenstecher**, die röm. Lehre vom Eigenthum. Abth. II S. 57, 58 Note 1:

Sobald das Thier stirbt, ohne mittlerweile von Anderen ergriffen zu sein, gehört es dem Schützen, denn die natürliche Freiheit ist dahin, und der Fall ist durchaus gleich dem des Fangens in Fallen, in welchem die Quellen ebensowenig das körperliche Ergreifen seitens der Person des Fangenden noch fordern. Ein Unterschied beider Fälle liegt nur in der Möglichkeit, daß das gefangene Thier gelöst und so wieder frei werden kann.

Die letztere Ansicht möchte auch nach Preuß. Recht, das in diesem Punkte durchaus den gemeinrechtlichen Grundsätzen folgt, die allein richtige sein. Denn da das Wild durch die Tödtung „seiner natürlichen Freiheit" beraubt wird, so ist es eben dadurch in die Gewalt dessen gekommen, der ihm diese natürliche Freiheit genommen ha-

Digitized by Google

4. Eine fernere Streitfrage ist:

ob der Jagdberechtigte, in dessen Netze, Schlingen oder Fallen sich ein Wild gefangen hat, das Eigenthum erwirbt, ohne von dem Fang unterrichtet zu sein.

Hierüber sprechen sich aus:

Donell. com. de jure civ. Lib. IV cap. § 10 i. f.: ... Postremo ut videatur hic aper a me captus esse, et in potestatem meam venisse, inest etiam in eo praeter superiora, ut sciam, eum ita haerere, ut diximus, alioqui ignoranti non videtur quidquam capi aut in potestatem ejus venire (l. 3 § 3 de acq. poss. l. 4 § 12 de usurp.).

Gesterding a. a. O. S. 75, 76: Daß Derjenige, welchem das Thier in die Schlinge ꝛc. gefallen ist, davon unterrichtet sei, ist zum Erwerb des Eigenthums nicht erforderlich.

Westphal, System des röm. Rechts über die Arten der Sachen ꝛc. § 372.

Den Willen, es zu fangen, hatte er schon, als er die Schlinge oder das Eisen legte ꝛc. und die Schlinge, das Eisen ꝛc. ist das Instrument, wodurch er das Thier festhält l. 55 D. de acq. rer. dom. — Auch die Hunde sind nur Instrumente in der Hand des Jägers und ein Thier, das von ihnen ergriffen, sich ihrer nicht erwehren kann, gehört dem Jäger. Vorausgesetzt wird hierbei, daß er die Hunde auf das Thier gehetzt hat. [1]) Doch würden wir für hinlänglich halten, wenn er sie nur zum Behufe der Jagd mit sich führte.

Pagenstecher a. a. O. S. 69: Fängt ein wildes Thier sich in meiner, selbst auf fremdem Boden gelegten Schlinge, so ist es sofort, d. h. auch ohne mein Vorwissen (animus praecedens, corpus possidendi insequens) mein, und sollte es selbst durch längeres Ringen sich wieder befreien können, so macht doch erst die wirkliche Befreiung meinem Eigenthum wieder ein Ende. Ob diese Wiederbefreiung durch fremde, insbesondere durch eines dritten Menschen Beihülfe vermittelt wird, ist gleichgültig für den Eigenthumsverlust, wenngleich nicht für die Begründung einer Schuldklage auf Schadensersatz l. 55 D. a. r. d. 41, 1.

Gustav Lenz, das Recht des Besitzes und seine Grundlagen (Berlin 1860) S. 273 f: Der Schlingensteller erwirbt an dem Eber, der sich unlösbar verstrickt hatte, mit diesem Factum, ohne weiteres Zuthun, nur das Eigenthum, nicht auch den Besitz. Den letzteren würde er erst dann erlangt haben, wenn er (oder seine Leute) das gefangene Thier herausgenommen oder doch sich zu demselben hinbegeben hätten. Er hoffte zwar, als er die Schlinge stellte, es werde sich „Wild" darin fangen, aber Hoffnung und Wunsch sind himmelweit von dem Besitzwillen verschieden: erst wenn erhellt hätte, welche Species (in der doppelten Bedeutung dieses Wortes) eingefangen war, wußte der Erwerbungslustige, was er wollte. [2])

---

1) Pufendorf de jure nat. et gent. Lib. IV cap. VI § 10: Fera autem, quam canes mei, me non instigante, occiderunt, non prius est mea, quam adprehendero.

2) In der Note bemerkt der geistreiche Verfasser: er wisse recht wohl, daß er

Digitized by Google

Vergl. auch Bornemann, syst. Darstellung des Preuß. Civilr. II S. 11 und Koch Komment. zu § 116 d. T.

Von der Jagdfolge.

Vergl. Hommel Rhaps. I obs. 68 Nr. 2, 3.
Leyser, medit. ad P. spec. 441 m. 10, 11.
Strube, rechtl. Bedenken I Nr. 200.
v. Salza in Weiske's Rechtslexikon V S. 429.
Dr. Schwarze, das Recht der Jagdfolge (in der Sächs. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. XVII S. 481 f.)

§§ 130—140. 1. Die Jagdfolge ist durch den § 4 des Gesetzes vom 31. Oktober 1848 aufgehoben. In Folge dessen sind die angeführten §§ antiquirt.

2. Koch, Anleitung zur Preußischen Prozeß-Praxis Abth. I § 52 S. 195, 196 bemerkt:

> Die Ausübung der Jagdberechtigung veranlaßt öfter Streitigkeiten aus der Besitznehmung des an der Gebietsgrenze erlegten Wildes, wenn das getroffene Wild die Grenze überschreitet, und in einiger Entfernung davon fällt. Da das Recht der Jagdfolge gesetzlich aufgehoben ist, so darf es der Jäger dort nicht aufheben und in Besitz nehmen. Gleichwohl kommt dies vor. Welche Klage in solchem Falle dem Herrn des betretenen Jagdreviers zustehe, kann in Frage kommen. Die Diebstahlsklage kann nicht angewendet werden, weil es an der Kontrektation des Wildes aus dem Besitze des Grundbesitzers fehlt; denn er hat das gefallene Wild nicht in seinem Besitze. Aber eine Jagdcontravention ist die Besitznahme, indem der Jäger ohne Zweifel die Jagd auf einem fremden Jagdbezirke durch Verfolgung des Wildes und dessen Zueignung ausübt. Wegen Abforderung des Stückes Wildprets und dessen Werths hat mithin der Jagdberechtigte auf diesem Jagdreviere die allgemeine Deliktsklage, oder, wenn die sträfliche Absicht einer Contravention fehlt, die actio in factum auf Entschädigung in Verbindung mit der Negatorienklage.

Vom Wildschaden und dessen Verhütung.[1])

Vergl. v. Bülow u. Hagemann, pract. Erört. B. 3 Nr. VI und daselbst angeführten Schriftsteller. — v. Salza in Weiske's Rechtslexikon V S. 428, 429.

---

sich hier einer neuen Ketzerei gegen die traditionelle Occupationslehre schuldig mache. Auch der originäre Eigenthumserwerb gründe sich keineswegs immer auf Besitzergreifung. Die Vindicationsmöglichkeit könne in dem betrachteten und den ihm analogen Fällen — beispielsweise beim Fang von Krammetsvögeln in Dohnenstrichen, von Aalen in Grundangeln, von Fischen in Reusen — uns allerdings anfallen, auch bevor wir die Fangobjecte reell ergriffen haben.

1) Eine Zusammenstellung der deutschen Rechtsquellen über Verhütung und Ersatz des Wildschadens findet sich in Kraut's Grundriß § 122 Nr. 7—13.

Digitized by Google

§§ 141—148. Diese Vorschriften sind modifizirt und beziehungsweise beseitigt durch die §§ 21—25 des Jagdpolizei-Gesetzes vom 7. März 1850.

Fälle, wo das Wild auch ohne Jagdgerechtigkeit gefangen oder getödtet werden kann.

§§ 149—151. 1. Auch diese Vorschriften haben durch die §§ 23 u. 24 des Jagdpolizei-Gesetzes vom 7. März 1850 eine Abänderung erfahren.

2. Es entsteht die Frage:

ob das in einem Jagdbezirke von einem Andern als dem Jagdberechtigten gefangene oder getödtete Wild sofort in das Eigenthum des Jagdberechtigten fällt, so daß diesem die Eigenthumsklage zusteht.

Vergleiche hierüber:

Voet, com. ad P. XLI, 1 Nr. 7: Quisquis autem jure venandi destitutus, vel, cum jus venandi haberet, ratione loci, temporis, modi, contra leges venationis feram occupavit, eam occupando suam non facit, sed saltuum praefecto restituere tenetur, nec mulctas aut poenas evitat, si feram interceperit sibi in proprio fundo nocentem, cum expellere debuerit, non intercipere. Hugo Grotius manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 2 cap 4 Nr. 4. Groenewegen ad § 12 J. de rer. div.

Christ. de Wolff, inst. jur. nat. et gent. (Hal. 1750) § 219: Quia res derelicta fit nullius, naturaliter occupantis est; si vero jus occupandi occupatum est, eam acquirere nequit, nisi is, cui jus occupandi proprium est.

§ 216: Si jure tuo usus cásu occupes rem ejus speciei, cujus occupandi jus alteri proprium est, eandem quidem huic acquiris, actu tamen occupandi injuriam non facis.

v. Gerber, System des deutsch. Privatr. § 92 Note 3: Reyscher (Württemb. Privatrecht B. 2 § 188a) nimmt an, daß auch ein Wilderer Eigenthümer des widerrechtlich erlegten Wildes werde, dies aber dann herausgeben müsse. — Diese Frage ist nicht ohne juristisches Interesse. Es sind zwei Gesichtspunkte möglich. Einmal kann man von der Ansicht ausgehen, daß weder der Wilderer noch der Grundbesitzer Eigenthümer des vom Wilderer erlegten Thieres sei, weil der Letztere überhaupt keine Eigenthum gebende Occupation vornehmen konnte, und jener die Occupation nicht vorgenommen hat. Der Grundeigenthümer hätte dann gegen den Wilderer keine Vindication, sondern nur eine Entschädigungsklage. Richtiger möchte es aber wohl sein, die Analogie der Separation der Früchte durch einen unbefugten Fremden hierher zu ziehen, so daß man als Princip den Satz aufstellt, daß durch die Erlegung des Thieres vom Wilderer dem Grundbesitzer daran Eigenthum erworben wird.

---

§§ 152, 153.

Paul. l. 28 pr. D. ad L. Aquil. (9, 2): Qui foveas ursorum cervorumque causa faciunt, si in itineribus fecerint, eoque aliquid deci-

Digitized by Google

derit, factumque deterius sit, lege Aquilia obligati sunt; at si in aliis locis, ubi fieri solent, fecerunt, nihil tenentur.

Ulp. l. 7 § 8 D. quod vi aut clam (43, 24): Praeterea si fossam feceris in silva publica, et bos meus in eam inciderit, agere possum hoc interdicto, quia in publico factum est.

Vinnii com. in § 13 J. 2, 1 Nr. 3: Constitutione Friderici Imperatoris vetantur rustici retia, laqueos, aut alia instrumenta ad capiendas feras tendere, nisi ad ursos, apros vel lupos capiendos: quas bestias credibile est ideo exceptas esse, quia tanta earum diritas est atque immanitas, ut publice intersit eas ab omnibus necari. Lib. 2 F. tit. 27 § siquis.

---

§ 155. l. un. C. de venat. fer. (11, 44): Occidendorum leonum cunctis facimus potestatem, neque aliquam sinimus quenquam calumniam formidare...

Berger, Dissert. jur. sel. Disput. XXV § 13: ... Alioquin bestiam incurrentem, et vitae periculum intentantem, hodienum impune occidi, nemo facile inficias ibit. Quemadmodum etiam jus occidendi a jure venandi expresse distinxit Imperator Honorius l. 1 C. Th. de venat. ferar.

Leyser, medit. ad P. spec. 440 m. 5: Feraram novicarum occupatio privatis non recte interdicitur.

Die §§ 158—169 handelnd von der Mitjagd und von Koppeljagden sind durch die neuere Gesetzgebung aufgehoben.

---

4. Von der Fischerei. Gegenstand derselben.

§ 170. Vergl. überhaupt Bluntschli, deutsches Privatrecht § 79 S. 227 f. (2. Auflage).

1. In Betreff der Fischerei in Privatflüssen bemerkt Scheele, das Preuß. Wasserrecht (Lippstadt 1860) S. 84, 85:

Ueber die Zuständigkeit der Fischerei in Privatflüssen ist im A. L. R. nichts bestimmt. Da Privatflüsse Eigenthum der Uferbesitzer sind, die Fischerei aber nur eine Nutzung dieses Eigenthums ist, so kann solche nur den Uferbesitzern zustehen. Auch im Gemeinen Recht wird die Fischerei in Privatflüssen den Uferbesitzern zuerkannt [1]) und wenngleich es nicht an Bestrebungen gefehlt hat, dieselbe gleich der Jagd zu regalisiren, so sind solche doch nicht gelungen. [2])

Durch die einem Dritten zustehende Fischereigerechtsame wird das Recht des Eigenthümers zwar beschränkt, aber nicht aufgehoben. Man hat, um dieses Letztere zu beweisen, sich auf die Bestimmung des A. L. R. Th. I Tit. 9 § 170 berufen; mit Recht hat aber das O. T. dagegen bemerkt, daß die Ausschließlichkeit nur in Bezug auf die nicht speziell zur Fischerei

---

1) Gerber, deutsches Privatrecht S. 214.
2) Vergl. die rechtsgeschichtliche dogmatische Abhandlung des Westphälischen Jagdrechts von Seibertz im Arnsberger Archiv XIV. S. 525.

Digitized by Google

Berechtigten ausgesprochen sei, nicht aber dadurch habe angedeutet werden sollen, daß es nur Einen zur Fischerei Berechtigten geben könne und daß namentlich das Recht des Eigenthümers der angränzenden Grundstücke auf die Benutzung der Privatflüsse in dieser Beziehung ausgeschlossen sein solle. Auch die Ansicht, daß nach der zur Zeit der Emanation des Allg. Landrechts geltenden Theorie die Fischerei als eine Spezies der Jagdgerechtigkeit und ebenso wie diese als ein besonderes Eigenthumsrecht mit der Vermuthung der Ausschließlichkeit angesehen und diese Auffassungsart in das A. L. R. übergegangen sei, kann nicht für richtig anerkannt werden. Wenn auch einzelne gemeinrechtliche Juristen dergleichen Ansichten haben mochten, so waren sie doch nicht allgemein und daß sie durch das A. L. R. sanctionirt seien, kann nicht nachgewiesen werden. Struben[1]) bemerkt, wer Jemand an einem Ort von der Fischerei ausschließen will, der ihm nicht eigenthümlich zustehet, muß ein jus prohibendi erweisen. Diese Anschauung hat sich auch in den Preußischen Gerichtshöfen geltend gemacht.[2])

2. Ueber diesen Punkt verbreitet sich auch folgendes Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 4. Mai 1854 (in Sachen des Fürsten von Bentheim-Tecklenburg zu Rheda wider den Gutsbesitzer Uebemann gt. Schulte zu Elsey. B. 657):

Der Fürst von Bentheim-Tecklenburg zu Rheda nimmt als Rechtsnachfolger des früher reichsunmittelbaren, später mediatisirten Grafen von Limburg dem Verklagten gegenüber die ausschließliche Fischereigerechtigkeit in der Lenne, soweit diese die ehemalige Herrschaft Limburg durchfließt, in Anspruch. Seine Klage war jedoch mit dem ersten Richter zu verwerfen.

Es sind bei Beurtheilung der von dem Kläger vorgetragenen Thatsachen zwei Zeiträume zu unterscheiden: die Zeit nämlich, in welcher die Rechtsvorgänger des Klägers als reichsunmittelbare Fürsten im Besitze der Landeshoheit waren, und sodann die Zeit nach der Mediatisirung derselben. In dem erstbezeichneten Zeitraume sind für den Erwerb der angesprochenen Fischereigerechtigkeit die Grundsätze des deutschen Privat- und Staatsrechts über die Entstehung der Regalien maaßgebend, in dem letzteren dagegen gelangen die Bestimmungen des A. L. R. über die Verjährung zur Anwendung. Zunächst ist jener frühere Zeitraum ins Auge zu fassen. Die Frage, welche sich dabei zuerst aufdrängt, ist die, ob die Lenne im Sinne des deutschen Rechts zu den öffentlichen oder zu den Privatflüssen zu zählen. Zwar hat diese Frage nicht den Sinn, daß nur mit ihrer Bejahung der Klageanspruch zu entscheiden wäre, wohl aber ist dieselbe, wie der erste Richter mit Recht annimmt, hinsichtlich der Beweislast von Erheblichkeit. Denn bei öffentlichen Flüssen sind in der Regel die Nutzungsrechte, welche ursprünglich zum Theil den anstoßenden Grundeigenthümern zustanden, zum Theil Rechte der natürlichen Freiheit waren, auf die Landesherren ausschließlich übergegangen. Das öffentliche Interesse, welches

1) Rechtliche Bedenken II. S. 330.
2) Arnsberger Archiv X. S. 621. XII. S. 61. XIV. S. 306. XV. S. 649.

Digitized by Google

aus der Schiffbarkeit eines Flusses d. h. aus der Möglichkeit, denselben als Verbindungs- und Verkehrsstraße zu benutzen unmittelbar entsprang, führte dahin, Seitens der Landeshoheit die früheren Berechtigten von der Nutzung auszuschließen. Bei den Privatflüssen dagegen, hinsichtlich deren jener Anhalt fehlte, haben die Verhältnisse sich anders gestaltet. Allerdings hat die Landeshoheit auch bei den Privatflüssen noch mannigfach, insbesondere wegen der Vorschriften des R. R. ausschließliche Nutzungsrechte für sich in Anspruch genommen. Auf der andern Seite haben aber die angrenzenden Eigenthümer ebenso häufig ihre hergebrachten Rechte zu wahren gewußt. Wenn es nun auch hiernach vor Allem auf Herkommen und Besitzstand ankommt, so trifft doch jedenfalls die Beweislast denjenigen, welcher die Regalität der Fischerei in einem Privatflusse, d. h. die Aufhebung des ursprünglichen Rechtszustandes für sich in Anspruch nimmt. Die vorstehend entwickelte Auffassung wird unter den Rechtslehrern insbesondere von Eichhorn und Mittermaier vertreten. Desgleichen beruht die Ausführung des O. T., auf welche Kläger in der Appellationsrechtfertigung sich bezogen hat, im Wesentlichen auf denselben Anschauungen und schließt Kläger selbst sich an dieselben an, nur folgert er daraus mit Unrecht, der Verklagte müsse seinerseits, das Recht zu fischen, nachweisen. Im vorliegenden Falle kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß die Lenne nur als Privatfluß anzusehen ist. Die Gründe, welche Kläger für das Gegentheil beibringt, treffen nicht zu. Nicht darauf kommt es an, ob ein Fluß die Möglichkeit gewährt, in einem Kahne überzufahren oder einen solchen bei dem Fischen zu benutzen. Das Entscheidende ist vielmehr, wie schon oben angedeutet wurde — ob der Fluß als Verbindungs- und Verkehrsstraße dienen kann. Dieses Erforderniß fehlt der Lenne unstreitig; daß in diesem Sinn dieselbe schiffbar sei, behauptet Kläger selbst nicht einmal. Mithin fällt nach Obigem der Beweis dem Kläger zur Last. Kläger hat denselben allerdings angetreten. Auf die hier besprochene Zeit beziehen sich namentlich die sämmtlichen vom Kläger vorgelegten Urkunden. In welcher Weise nun jene Urkunden gegen den Verklagten überhaupt beweisen, kann hier unerörtert bleiben. Der Besitzstand nämlich, welchen sie darstellen, ist nicht der Art, daß sich annehmen ließe, den Rechtsvorgängern des Klägers habe in jener Zeit eine ausschließliche Fischereigerechtigkeit als Regal zugestanden. Hält man fest, daß jedes Regal seinem Wesen nach in der Landeshoheit seine Wurzel hat, so folgt in Beziehung auf den Besitzstand, daß dieser in dem ganzen Gebiete des betreffenden Landesherrn eine gewisse Gleichmäßigkeit haben muß: nicht nur örtlich, so daß an der ganzen Flußstrecke, welche innerhalb der Landesgrenzen liegt, dasselbe Verhältniß stattfindet, sondern auch hinsichtlich der Personen, daß die Landeshoheit allen gegenüber ihr ausschließliches Recht gleichmäßig entwickelt hat. Endlich muß auch der Besitzstand in gewisser Weise sich befestigt haben, er muß zum herkömmlichen Besitzstand geworden sein. An diesen Erfordernissen fehlt es hier. (Dies wird näher nachgewiesen.)

Es kann nun freilich die Frage aufgeworfen werden, ob nicht, ganz abgesehen von einem Regalitätsverhältnisse, der Kläger die streitige Fischereigerechtigkeit durch Verjährung erworben habe, sei es nun in dem einen oder in dem anderen der oben unterschiedenen Zeiträume. An sich ist die

Digitized by Google

allerdings wohl möglich; dennoch ist im vorliegenden Falle jene Frage und zwar hinsichtlich beider Zeiträume zu verneinen. Vergegenwärtigt man sich nochmals den ursprünglichen Rechtszustand, so waren in diesem die Uferbesitzer, jeder an seinem Orte ausschließlich nutzungsberechtigt. Eine Mitberechtigung hierbei konnte der Kläger allerdings schon durch die bloße Ausübung während der Verjährungszeit erwerben, sofern nur nicht aus besonderen Gründen sein Besitz mangelhaft oder die Verjährung ausgeschlossen war. Inzwischen handelt es sich hier gar nicht um eine Mitberechtigung des Klägers; weder dieser selbst, noch der Verklagte hat Anträge gestellt, welche eine Untersuchung dieser Frage nothwendig machten. Der Streit ist vielmehr der, ob der Verklagte seines Rechts vollständig verlustig geworden. Um letztere Wirkung herbeizuführen, genügte aber nicht, daß Kläger ebenfalls fischte. Kläger hätte vielmehr dem Verklagten das Fischen gänzlich untersagen und dieser hierauf davon abstehen müssen. Dies erforderte sowohl das römische Recht in seinen hier wenigstens analog anzuwendenden Bestimmungen über den Besitzerwerb bei den sogenannten negativen Servituten, d. h. bei den Servituten, quae in non faciendo consistunt (vergl. Puchta's Pandekten § 138 und die Vorlesungen desselben Verfassers; Göschen's Civilrecht § 216) wie das A. L. R., nach dessen Auffassung die Fischereigerechtigkeit in ihrer ausschließenden Richtung als ein Untersagungsrecht erscheint (§ 86 I. 7 A. L. R.). Erst durch die hervorgehobenen Umstände würde sich Kläger in den Besitz des angesprochenen ausschließlichen Rechts zu fischen gesetzt, und so einen Verjährungserwerb ermöglicht haben.

---

§ 172. Vergl. dagegen Runde, Beiträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände B. 2 (Gött. 1802) Nr. XI: „Ob die Fischottern zur Jagd oder zur Fischerei gehören?“ S. 451 f.

Derselbe spricht seine Ansicht dahin aus:

> Nach der Natur der Sache gehören die Fischottern zur Fischerei. Sie leben mehr im Wasser als auf dem trockenen Lande, ziehen alle ihre Nahrung aus dem Wasser und sind die fürchterlichsten Fischdiebe. Die älteren Naturforscher erklären sie sogar für Fische, so daß sie als Fastenspeise gelten.

---

§ 175. Der Krebsfang gehört zur Fischerei.

s. Hagemann, Landwirthschaftsrecht § 210 Note 1. Mittermaier, deutsches Privatr. § 295. Rohr, Haushaltungsrecht B. 8 Kap. 5. Weiske, Handbuch des allg. Landwirthschafts-Rechts S. 36.

v. Holzschuher, Theorie und Casuistik B. 2 Abth. 1 S. 115.

Von Fischen in geschlossenen und ungeschlossenen Gewässern.

§§ 176, 177. Vergl. Jurist. Zeitung 1832 S. 803 f. 876 f. „Ueber

Digitized by Google

die Rechte der Ufereigenthümer von Privatgewässern nach der Preuß. Gesetzgebung."

Hugo Grotius, de jure belli ac pacis Lib. II cap. VIII § 2: Nerva filius pisces, qui in piscina sunt, possideri a nobis ait, non qui in stagno. Et feras, quae in vivario sunt inclusae, non quae in silvis circumseptis vagantur. Atqui pisces non minus stagno privato includuntur quam piscina, et feras non minus coërcens silvae bene circumseptae quam vivaria — nec alio haec differunt quam quod altera angustior, altera laxior custodia est. Quare nostro seculo rectius contraria opinio praevaluit, ut et ferae silvis privatis, et pisces stagnis inclusi, ut possideri, ita in dominio esse intelligantur.

Vinnii com. in § 12 J. 2, 1 Nr. 2: ... quocunque loco ferae sunt, dummodo sint in libertate naturali, nullius sunt, et consequenter transeunt in jus occupantis. Igitur et pisces, qui in alieno stagno sunt, et ferae, quae in silvis circumseptis vagantur: quoniam relictae sunt in naturali libertate. Scio, hoc displicere Hotomanno et Wesembecio. Sed profecto si pisces isti aut ferae a nobis non possidentur, consequens est, nec eorum nos dominos esse, cum haec sit natura omnium ferarum, ut dominium earum nec acquiri sine possessione possit, nec retineri ... Concedo tamen, spectandum hic esse locorum consuetudinem, ut et in aliis plerisque, quae hujus argumenti sunt. Et nostro seculo contraria opinio praevaluit, ut et ferae silvis privatis, et pisces stagnis inclusi, ut possideri, ita et in dominio esse credantur. Quod veteres tum demum admittebant, si ferae vivariis, pisces piscinis inclusi forent.

Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 72: Von Fischen in Teichen lehren Manche, daß sie bereits als occupirt zu betrachten.

Donell com. de jure civ. Lib. IV cap. 8. — Höpfner, Comment. § 300 Note 4.

Aber mit Unrecht. Zwar sind die Fische in unserm Teiche in unserer Gewalt, so daß sie uns nicht entgehen können, aber sie sind noch nicht wirklich in Besitz genommen, und wenigstens nach R. R. kann es nicht einen Augenblick bezweifelt werden, daß sie zu den herrenlosen Sachen gehören. l. 3 § 14 D. de poss. [1])

---

§§ 180, 181.

Berger, oecon. jur. Lib. II tit. II cap. IX Nota 2: Domino praedii, quod aqua vicini fluminis circumdatum est, impune piscare licere, propterea quod pisces in aquis profluentibus et minus captis, in fließenden, ungefangenen Wassern, reperti, ante capturam dominio non subjiciuntur, verum capientibus, quantumvis dolose, acquiruntur, salva tamen alteri, cui alioquin in illo flumine competit jus piscandi, integraque actione, ad id, quod interest.

Leyser, medit. ad P. spec. 502 m. 8: ... Lacus erat in Marchia Brandenburgica, in quo dominium et jus piscandi ad oppidum quoddam

---

1) (Paulus) Item feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces, quos in piscinas conjecerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sint ... a nobis non possideri, quoniam relictae sint in libertate naturali ..;

Digitized by Google

spectabat. Is lacus subinde limites suos exspatiabatur, atque vicini equitis agros inundabat. Tum vero eques piscationem sibi arrogabat. Intercedebant cives. Lite in judicium deducta, Icti Helmstadienses pro oppido, Francofurtani secundum equitem judicarunt, et utrique deinde opinionem suam responsis datis porro firmarunt. Ego cum Helmstadiensibus sentio. Nam in l. 23 Quib. mod. ususfr. possessio et ususfructus agri inundati ne piscando quidem retineri posse dicitur. Adsentit nobis Seb. Medices de Venatione, Piscatione et aucupio P. 2 quaest. 27 Nr. 2 atque domino stagni pisces per inundationem egressos vindicare permittit.

Gesterding, Lehre vom Eigenthum S. 218, 219 Anmerk.: Wem steht das Recht zu, auf überschwemmtem Lande zu fischen? Dem Herrn des Gewässers und zwar ihm ausschließlich, nicht dem Herrn des Landes. Dies behauptet auch Leyser,[1]) wiewohl der Grund, den er dafür anführt, nicht Stich hält. Jene Worte des Pomponius: ac ne piscando retinere poterimus usumfructum, worauf Leyser sich beruft, sprechen dem Usufructuar und dem Proprietar des überschwemmten Landes das Recht, in dem Wasser zu fischen, was darüber steht, nicht ab. Nach Römischem Recht würde diese Befugniß sogar jedem Dritten zustehen. Es wird nur durch das Fischen der Ususfructus und das Eigenthum nicht erhalten, mit welchem (Eigenthum) jener (Ususfructus) durch die Inundation einstweilen verloren gegangen ist. Denn diese Handlung enthält keine Aeußerung des Eigenthums und des davon abgeleiteten Nießbrauchs, indem die Fische nach Römischem Recht herrnlos sind, und besonders, weil die Handlung des Fischens nicht an dem Object des Eigenthums und des Nießbrauchs, nicht an dem Lande, ausgeübt wird. Wir legten dem Eigenthümer des Gewässers ein ausschließliches Recht bei, auf dem überschwemmten Lande zu fischen, nach Grundsätzen des deutschen Rechts, wonach das Recht zu fischen von dem Eigenthum des Gewässers abhängt. Steht dem Eigenthümer ein solches Recht überhaupt zu, so beschränkt es sich nicht auf den Fluß oder See in seinem gewöhnlichen Bette, sondern es steht ihm eben sowohl zu in den Theilen desselben, die zu dem vergrößerten Fluß, außerhalb jenes, gehören, zumal, wenn man mit Pomponius annimmt, daß selbst durch die bloße Ueberschwemmung das Eigenthum des überschwemmten Landes suspendirt wird.

Vergl. auch Scheele in der Jur. Wochenschr. 1848 S. 284.

§ 182. „Ueber Lachen." Beiträge zum Wasser-Recht von Funke (im Archiv für die civil. Praxis B. 12 S. 297—300):

Lachen sind Behälter wilden Wassers, welche sich durch die Gewalt eines Flusses oder durch sonstige Auswüchse desselben gebildet haben ... Stehen von der Natur gebildete Lachen in keiner Beziehung zu einem Flusse, so sind sie an sich ohne Zweifel als Theile der angrenzenden Grundstücke zu betrachten. Alles kommt also darauf an, in wieweit die Be-

1) spec. 502. med. 8.

ziehung zu einem Flusse hierin etwas ändere. Diese Beziehung kann aber eine doppelte sein; denn es kann die Lache entweder durch den Fluß entstanden, und noch mit demselben verbunden, oder es kann diese Verbindung wieder aufgehoben sein. So lange diese Verbindung dauert, so daß das Wasser und mit ihm die Fische perpetuirlich aus dem Flusse in die Lache und zurücktreten können, so lange ist auch der Grund und Boden, als ein vom Flusse bedeckter, und das bedeckende Wasser als Theil des Flusses anzusehen; daher denn auch dasselbe so lange den rechtlichen Verhältnissen des Flusses unterworfen bleibt. Ist aber die Verbindung mit dem Flusse wieder aufgehoben, und somit das Ufer desselben hergestellt, so hört auch das Wasser von selbst auf, Theil des Flusses zu sein, und wird somit Zubehör von Grund und Boden, auf welchem es steht, weil dasselbe nur so lange, als es einen ungetrennten Theil des Flusses ausmachte, als solcher dessen rechtlichen Eigenschaften folgte. Auch ist es dem Eigenthümer dieses Grund und Bodens unstreitig gestattet, jene Verbindung aufzuheben, oder auch die Lache selbst ganz auszufüllen, weil nicht nur der Natur der Sache nach es erlaubt sein muß, den Fluß in seine natürlichen Grenzen zurückzuweisen, wenn diese durch ein außerordentliches Ereigniß unterbrochen sind, sondern auch ausdrückliche Gesetze es gestatten, die Ufer wieder herzustellen, wodurch dann die Lache von selbst aufhört, Theil des Flusses zu sein. Dieses Rechtes aber kann der Eigenthümer des Grund und Bodens, außer dem Falle der übernommenen Verbindlichkeit, nur dadurch verlustig werden, daß der Fluß-Herr ihm diese Wiederherstellung untersagt, und er sich dabei beruhigt, da die bloße Benützung des mit dem Flusse noch verbundenen Lachen-Wassers von Seiten des Fluß-Herrn nicht als Handlung in re aliena angesehen werden kann.

Polizeigesetze bei Ausübung der Fischerei.

§ 187. Vergl. Leyser, medit. ad P. spec. 503 m. 3: Qui jus piscandi in parte fluminis vel stagni habet eam partem retibus machinisque obstruere, atque pisces, ne elabantur, impediri potest.

v. Wangenheim, Befreite Undine S. 31: Das Versetzen eines Flusses ist ein technischer auf die Ausübung der Fischerei bezüglicher, z. B. bei Aufstellung von Flügelreusen und ähnlichem Fischerzeug gebräuchlicher Ausdruck; es sind nicht etwa auch Stauanlagen, Mühlenwehr u. dergl. darunter zu begreifen.

Scheele, das Preuß. Wasserrecht (Lippstadt 1860) S. 85—87: Nach § 18 des Gesetzes vom 28. Febr. 1843 sollen Fischereiberechtigte zu einem Widerspruche gegen Bewässerungsanlagen nicht weiter berechtigt sein, sondern nur auf Ersatz des ihnen daraus entstandenen Schadens Anspruch haben. Durch diese letztere Bestimmung wird dem Fischereiberechtigten nicht ein neues Recht eingeräumt, sondern nur sein Recht zum Widerspruch in ein Recht auf Entschädigung verwandelt; dieses kann also nicht weiter gehen als jenes; wie weit es aber geht, wird nicht durch den § 18 bestimmt und kann in Ermangelung ausdrücklicher gesetzlicher Vorschriften nur nach allgemeinen Rechtsprincipien entschieden werden. Nach diesen kann das Recht des Fischereiberechtigten, es mag nun als Ausfluß des Eigenthums am Flusse dem Uferbesitzer oder davon getrennt als selbständiges Recht

Digitized by Google

einem Dritten zustehen, nicht darin bestehen, daß er Anstalten in einem andern Theile des Flusses, als wo ihm das Recht zu fischen zusteht, widersprechen resp. Entschädigung dafür verlangen kann. Denn wenn er auch wegen der Continuität des Flusses durch diese Anstalten Schaden leidet, so macht der Uferbesitzer doch nur von seinem Eigenthum Gebrauch. Nach A. L. R. Th. I Tit. 8 § 26 ist jeder Gebrauch des Eigenthums erlaubt und rechtmäßig, durch welchen weder wohlerworbene Rechte eines Andern gekränkt, noch die in den Gesetzen vorgeschriebenen Schranken überschritten werden. Hat nun allerdings auch der Fischereiberechtigte ein wohl erworbenes Recht, so wird doch durch den Gebrauch des Eigenthums dieses Recht nicht schon dann gekränkt, wenn ihm dieser Gebrauch nachtheilig ist, denn nach A. L. R. Th. I Tit. 6 § 8 kränkt nur derjenige jemanden, welcher ihm ohne Recht Schaden zufügt und nach § 36 ibid. darf derjenige, welcher sich seines Rechts innerhalb der gehörigen Schranken bedient, den Schaden, welcher einem Andern daraus entstanden ist, nicht ersetzen; es ist also nicht jeder Gebrauch des Eigenthums, welcher einem Andern nachtheilig ist, schon deßhalb eine Kränkung seines Rechts. Wenn also durch Wasserableitungen des obern Uferbesitzers nach unten zu das Wasser so erniedrigt wird, daß es nicht mehr für die Fische ausreicht, so kann der, welcher nur unten zu fischen berechtigt ist, keinen Schadenersatz verlangen. Ebenso hat derjenige, welcher nur oben zu fischen berechtigt ist, keinen Anspruch auf Schadenersatz, wenn der untere Uferbesitzer durch Wehre oder Schleusen den Gang der Fische nach oben hindert. Denn durch diese Anstalten werden keine wohlerworbene Rechte gekränkt, keine durch Natur oder Gesetze bestimmte Einschränkungen überschritten. Der Widerspruch der Fischereiberechtigten resp. der Anspruch auf Entschädigung ist dagegen aber begründet, wenn die ihm schädlichen Anstalten in dem Theile des Flusses gemacht werden, wo ihm die Fischerei zusteht, weil das Eigenthumsrecht eben durch das Fischereirecht beschränkt ist; ferner auch dann, wenn der Uferbesitzer oben Bestandtheile dem Flusse zuführt, welche weiter unten die Fische tödten, weil das Recht des Uferbesitzers, solche Bestandtheile dem Flusse zuzuführen, eine Schranke findet an dem Rechte des dort zur Fischerei Berechtigten, das mit dergleichen Substanzen vermischte Wasser nicht aufnehmen zu brauchen; überhaupt also dann, wenn der Gebrauch des Eigenthums zugleich factisch ein Eingreifen in den Rechtskreis des Fischereiberechtigten unterstellt.[1]) Es kann indessen Fälle geben, wo der Fischereiberechtigte selbst dann keine Entschädigung verlangen kann, wenn unmittelbar in seinem Rechtskreise nachtheilige Einwirkungen stattfinden. Wird z. B. ein Fluß, statt wie bisher mit Segelschiffen, mit Dampfschiffen befahren und der Ertrag der Fischerei dadurch vermindert, so kann dieserhalb kein Schadenersatz verlangt werden; es läßt sich nicht annehmen, daß der Staat durch die Verleihung der Fischereigerechtsame irgendwie die Schifffahrt habe beschränken wollen.

Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden (in dessen Annalen I. 2 S. 149): Der Adjacent eines fließenden Gewässers darf der Fischereigerechtsame Dritter nachtheilige Immissionen nicht vornehmen.

1) Vergl. Plenarbeschluß des O. T. vom 7. Juni 1852 Entscheidungen XXIII. S. 252.

Digitized by Google

Literatur.

14.

Dr. **Johannes Emil Kuntze**, a. o. Professor der Rechte an der Universität Leipzig. **Deutsches Wechselrecht auf Grundlage der allgemeinen Deutschen Wechselordnung und der Nürnberger Novellen.** Leipzig, 1862. Verlag der J. C. Hinrichs'schen Buchhandlung. 328 S.

Wer das frühere Werk des Verfassers: Die Lehre von den Inhaberpapieren (Leipzig 1857) kennt, muß sich freuen, diesem geistvollen Schriftsteller wiederum auf einem Felde zu begegnen, auf dem er bereits so Gediegenes zu Tage gefördert hat.

Die vorliegende, ausschließlich dem Deutschen Wechselrecht, „der ersten legislativen Errungenschaft der Deutschen Nation," gewidmete Schrift, in welcher der Text der allgemeinen Deutschen Wechselordnung, unter Einschaltung der in der zweiten Berathung der Nürnberger Konferenz vorgeschlagenen Novellen, vorangestellt ist, zerfällt in drei Haupttheile, von denen der erste die „Grundzüge des Wechselrechts," der zweite „die Erläuterung der allgemeinen Deutschen Wechselordnung nebst Novellen," der dritte „Exkurse über Geschichte, Gesetzgebung und Theorie des Wechselrechts" enthält. Wie der zweite Haupttheil ein treffliches Hülfsmittel zur wissenschaftlichen Erkenntniß des bestehenden Rechts und zu dessen praktischer Anwendung bietet, ohne gerade eine hervorragende Stelle unter den bisherigen Kommentaren unserer Wechselordnung einzunehmen, ist es vorzugsweise der erste und der dritte Haupttheil, worin der reichbegabte Verfasser seinen Gegenstand, eine der interessantesten Rechtsschöpfungen der modernen Welt, mit der hellodernden Fackel seines Geistes beleuchtet und mit civilistischer Eleganz in meisterhafter Darstellung uns vorführt. — Die „Grundzüge des Wechselrechts, welche in der Einleitung nach allgemeinen Betrachtungen über „das Handelspapier überhaupt" und den „Wechsel insbesondere, dessen Gestalt und Dienst im Verkehr" eine sehr vollständige Uebersicht der „Literatur über das Wechselgeschäft und Wechselrecht" (§§ 1—3) geben, enthalten in der ersten Abtheilung „die Geschichte des Wechselrechts" (§§ 4—9) und in der zweiten „die dogmatische Grundlage des Wechselgeschäfts," nämlich „die Elemente" (§§ 10—13), „die Gestaltung" (§§ 14—22) und „die Grundbeziehungen" (§§ 23—25). Den größten und wichtigsten Theil des ganzen Buches bilden die Exkurse. Dieselben behandeln: „Ursprung und Entwickelung des Wechsels" (S. 123—210), „die allgemeine Deutsche Wechselordnung und die Nürnberger Novellen" (S. 211—263) und die Grundfragen und Grundlagen der heutigen Theorie des Wechselrechts (S. 264—328).

Es ist nicht unsere Absicht, auf den Inhalt der angezeigten Schrift näher einzugehen. Dagegen können wir es uns nicht versagen einige Stellen mitzutheilen:

S. 19, 20: „Durch die schriftliche Bezeichnung des Werthes und die hinzukommende Unterschrift des Ausstellers wird der Papierkörper beseelt und individualisirt; der

Digitized by Google

Aussteller, als Urheber des Wechsels, prägt demselben durch seine Unterschrift gleichsam sein eignes persönliches Wesen auf, verstrickt durch seine Handschrift seine Hand, seine Person; der in den Verkehr entlassene Wechsel repräsentirt daher die Persönlichkeit des Ausstellers, dessen Geschöpf er ist. Einmal in den Verkehr eintretend bewegt sich der Wechsel aber mit einer Art Unabhängigkeit, wie mit eignem Leben begabt, und die Phasen seines Umlaufs gleichen wohl dem Lebenslauf eines Individuums. Je entschiedener wir diesen Vergleich festhalten, um so mehr nähern wir uns dem Prinzip der lebendigen kaufmännischen Anschauung. Der Wechsel ist gleichsam ein beseelter Körper, welchem Selbstbewegung beigelegt wird, denn er läuft vor- und rückwärts, rasch oder langsam, hat einen kurzen oder langen Lauf, und kann selbst zum Reiter werden (Wechsel-Reiterei). Der Wechsel hat eine organische Gestalt: Angesicht und Rücken (Vorder- und Hinterseite, oder Schau- und Kehrseite, oder Innen- und Außenseite), Kopf und Fuß: Raphael de Turri nennt den Context corpus, die Spitze der Innenseite caput, die Außenseite tergum, die Seiten cornua; Bode nennt die Innenseite facies. Der Wechsel ist kurz- oder langsichtig; er leidet Noth, kommt zu Fall („im Fall bei"), er hat seine Ehre (onore di lettera), für deren Wahrung oft künstlich gesorgt wird, und er hat sein Domizil, welches vom Domizil des Wechselschuldners verschieden seyn kann."

S. 67, 68: „Die Art, wie der Wechsel über die Oberfläche des Verkehrs dahineilt, gewährt eine für den juristischen Blick eigenthümliche Erscheinung. Scaccia, nachdem er betont hat, daß weder die theologischen noch die juristischen Schriftsteller in den Gang und Zusammenhang der cambiorum negotiatio eingeweiht seien, vergleicht dieselbe mit der Kunst der Alchymisten. Der Italiener hat hierbei vornehmlich den Gewinn im Auge, welchen der Wechsler aus seiner Kunst zu ziehen wußte; noch geheimnißvoller und zauberhafter aber, möchten wir sagen, erscheint der Wechsel, wenn wir von der Höhe seines beflügelten Laufs einen Blick herabwerfen in das Verkehrsgetriebe, aus welchem der Wechsel seine geschäftliche Nahrung zieht, von wo er aufsteigt und über welches er sich mit der Kraft, immer neue Geschäftsgründe in sich aufzunehmen, weiter bewegt. Der Wechsel als Organ abstrakter Obligationen befindet sich in einer über dem individuellen Verkehr erhabenen Region, in einem eigenen, gleichsam idealen und künstlich geschaffenen Element, so daß er allen möglichen Verkehrszwecken, wobei es sich um Geldsummen handelt, dienen kann und doch den einzelnen Zweck, welchem er wirklich dient, nicht zu bekennen, nicht zu verrathen braucht. Thatsächlich nimmt der Wechsel bei seiner Entstehung und während seines Laufs die verschiedenartigsten Geschäfte in sich auf, aber man sieht ihm dieselben nicht an; in der Tratte, im Accept, im Giro, im Aval werden diese Geschäfte verdeckt oder maskirt, der Wechsel schlägt sich wie ein Kleid, ein Schleier, ein Mantel um sie und darum redet man von einer verkleideten Schenkung, einem verschleierten Darlehn, einer bemäntelten Bürgschaft. Lediglich die obligatio cambialis, nicht die in ihr verborgene Schenkung, Darleihe oder Intercession, kommt in wechselmäßigen Betracht; auf der Bühne des Wechsels hat man es nur mit der Maske zu thun."

S. 123: „Es besteht zwischen dem Rechtsinstitut der Obligation und dem nationalökonomischen Element des Geldes eine Verwandtschaft, indem beide als Mittel und Ausdruck der Mobilisirung der Güterwelt erscheinen. Diese Mobilisirung aber bildet den Grundzug einer bestimmten Epoche im Leben der Völker, und sonach ist es kein bloßer Zufall, daß im alten Rom das Geld und die Obligation etwa zu

Digitized by Google

gleicher Zeit in den Horizont der Rechtsgeschichte eintreten. Es läßt sich geradezu behaupten, daß die Geschichte des Geldes zugleich die Geschichte der Obligation sei."

S. 123: „Die Obligation hat den Willen einer freien Person zum Gegenstand, sie geht, wie man ebenfalls sich ausdrückt, auf Handlungen; an den freien Willen aber kann keine Staatsgewalt unmittelbar heran, Handlungen an sich sind nicht erzwingbar, und folglich eine actio in personam streng genommen nur auf Umwegen durchführbar, indem die Handlung auf einen allgemeinen Sachwerth reduzirt, zu Geldwerth angeschlagen wird; Ulpian sagt: ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt, das Geld ist mithin gewissermaaßen der Boden unter den Füßen der Obligation; ohne die Existenz des Geldes würde die juristische Gestalt der Obligation in der Luft schweben, aber in der Verbindung mit dem Geld wird die Obligation zu einer reellen und weithin wirkenden Verkehrsmacht."

S. 127: „Wenn das Geld in den Verkehr eintritt und den Tausch in Käufe auseinanderlegt, ist der Weg zum Obligationenrecht gebahnt; im Kauf auf Kredit gestaltet sich die Preisleistung in eine Geldobligation. Wenn statt der praesens pecunia eine absens und futura pecunia verabredet wird, so muß eine obligatio ins Mittel treten, um die pecunia zu gewährleisten. Diesen Uebergang nun von Tausch zum Kauf, vom einfachen Kauf zum Kreditkauf und zur Geldobligation zeigt uns die Geschichte des Wechsels. Der Ursprung des Wechsels ruht in der sagenhaften Ferne des rohen Tauschverkehrs, und wir können daher die bekannten Worte des Paulus (am Anfang des Digestentitel de contrahenda emtione) in den Satz umwandeln: origo cambii a permutationibus coepit. Diese Urgestalt des Wechsels ist der s. g. Handwechsel."

S. 211, 212: „Die Gesetze sind die Spiegel der Nationen, denn in den Worten der Gesetzgebung ist das Rechtsbewußtsein eingerahmt. Aus dieser Wahrheit erklärt sich die epochemachende Bedeutung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung vom Jahre 1848, in welcher zum ersten Male wieder nach langem Interregnum die deutsche Nation sich spiegelt. Blicken wir auf die deutsche Gesetzgebung, so glich bis dahin das deutsche Rechtsbewußtsein einem Haufen Scherben, aber in der Schöpfung einer deutschen Wechselordnung belebte sich alle Hoffnung deutscher Nation: sie war der erste unwiderlegliche Beweis der Einigungsmöglichkeit. Was sich in dieser Schöpfung abschließt, das hat einer langen Vorbereitung bedurft, und es läuft in ihr, gleich als in einer Spitze, eine Entwickelung aus, welche von der breitesten Grundlage geschichtlicher Erscheinungen angehoben hat; denn die Elemente des deutschen Wechselrechts treten anfangs, im 16. Jahrhundert, nur wie zusammenhangslose Nebelbilder aus dem unruhigen Getriebe des deutschen Handelswesens hervor, und im 17. Jahrhundert sehen wir die Gewohnheit und Gesetzgebung an vielen Orten und Plätzen zugleich ihr wunderbares, oft dem geschichtlichen Forscherauge entrücktes Gespinnst beginnen. An einem centralen Heerde der Rechtsbildung gebrach es gänzlich, uferlos breitete sich die immer höher gehende Strömung des kaufmännischen Rechtstriebes aus; „die Masse der deutschen wechselrechtlichen Partikulargesetze war größer als die Masse der außerdeutschen Wechselgesetze zusammen," und keine Macht schien stark genug, um dieser breiten Entwickelung Bett und Band zu geben. Allein durch alle die mehr oder minder gelungenen Gesetzgebungsversuche in lokalen, provinzialen und territorialen Grenzen ging doch ein stiller Zug allmählicher Concentrirung, und der Aufbau des deutschen Wechselrechts nahm innerlich eine pyramidale Form an. Auf der Höhe dieser seltsamen Entwickelung thront gleichsam die allgemeine deutsche Wechselordnung und bildet die Spitze jener auf breitester Grundlage

Digitized by Google

ruhenden Pyramide. So ist sie eine Erscheinung, welche unsere Aufmerksamkeit in ungewöhnlicher Weise fesselt."

S. 237: „Die deutsche W.-O. hat ihren dispositiven Inhalt mit einer bemerkenswerthen Schranke umhegt, in deren Duldung eine gewisse Resignation liegt. Es ist aber keine andere Resignation, als welche der Dichter auch übt, indem er den strömenden Reichthum seiner Gefühle in das Bett des Metrums drängt und dabei sichtet: diese Selbstbeschränkung im Stoffe ist zugleich dessen Vergeistigung und eine Steigerung der Kraft. Keine andere Wechselordnung, weder eine fremdländische, noch eine der früheren deutschen Wechselordnungen, hat es soweit in dieser stofflichen Selbstbeschränkung gebracht; dieselbe bildet daher eine wahre Auszeichnung der deutschen W.-O. Es liegt darin ein allgemeiner geistiger Fortschritt der Wechselgesetzgebung, und daß derselbe in Deutschland gethan wurde, ist begründet sowohl durch die Zeit der Entstehung, welche unserer W.-O. alle Erfahrungen der älteren Wechselordnungen zugute kommen ließ, als durch den Grad methodischer Ausbildung der Wechselrechtserkenntniß, zu welcher es die deutsche Rechtswissenschaft gebracht hat. Geradezu aufgedrungen aber und auch zugleich erleichtert ward diese legislative Erhebung dadurch, daß die zu schaffende deutsche W.-O. nicht den Boden einer gleichen deutschen Civilgesetzgebung unter sich hatte, und folglich die Rücksicht auf die thatsächliche Verschiedenheit der partikulären Civilrechte zwang, alle civilrechtlichen, gemeinbürgerlichen Elemente, welche den Wechsel umgeben, vom Wechselrecht auszuscheiden und das Reich des Wechsels in seiner gleichsam idealen Reinheit, frei von allen s. g. materiellen Rechtsbeziehungen, zu organisiren."

S. 326, 327: „Der heutige Wechsel ist nicht mehr ein Geldpapier, sondern ein Kreditpapier, und er ist eine der wichtigsten Formen, in welchen das eigenthümliche Fluidum des Kredits sich gestaltet. In tausend Strömungen geht der Kredit durch die Verkehrswelt und erregt und leitet die Bewegungen sowohl der Naturgüter als des Geldes; der Kredit ist heutzutage thätiger als das Geld, er ist jetzt der wahre nervus rerum gerendarum, der Haupthebel alles Unternehmungsgeistes und eine Macht, welche an das Wunderbare grenzt, wenn sie gegen den Maaßstab der einfachen Geldwirthschaft gehalten wird. Der Zusammenhang und Rapport der Kreditmächte verzweigt sich wie ein Nervengeflecht durch den Organismus des wirthschaftlichen Völkerhaushalts, und der Wechsel ist ein Mittel, durch welches der schlummernde Kredit in den entlegensten Strichen und verborgensten Winkeln geweckt, von den niedrigsten Regionen hervorgelockt und aus atomistischer Zerstreuung gesammelt wird. Das Accommodationsvermögen des Wechsels, welcher sich den individuellsten Geschäftsintentionen anschmiegt, und die unbegrenzte Expansionskraft, welche immer neue Personen in die Complexion des Wechsels aufnehmen kann, zeigen uns die besondere Rolle, welche der Wechsel neben den anderen Arten des Kreditpapiers zu spielen berufen, und wie wichtig diese Rolle für eine gesunde und lebhafte Entfaltung der Volkswirthschaft ist. Die Bankhäuser sind die Regulatoren dieses Kredits; indem sie den kleinen Handelsleuten, den nur in engen Kreisen bekannten Handelshäusern ihr Accept oder Giro geben, leisten sie Dienste, welche geradezu als produktive Leistungen bezeichnet werden können; ohne den Wechselgebrauch würden zahllose Kreditkräfte in der Handelswelt verkümmern und erstarren. Der Wechsel lockt die Funken des Kredits aus dem kleinsten und unscheinbarsten Gestein und nähert sie dem Heerde des Wirthschaftslebens."

Ex ungue leonem! Dr. J. A. Gruchot.


Digitized by Google

15.

Wechsel-Unterschriften aus Gefälligkeit, insbesondere im Falle des Konkurses. Berlin 1862. Dräger'sche Buchdruckerei.

Mitunterschriften auf dem Wechsel und Allein-Accept des Nicht-Bezogenen. Hamburg 1862. Langhoff'sche Buchdruckerei.

Beide Schriften sind Abdrücke (resp. aus der Preußisch. Anwalts-Zeitung und aus dem Neuen Archive für Handelsrecht), verdienen aber einer besonderen Erwähnung. Verfasser ist der, den Lesern der „Beiträge" schon bekannte Gerichts-Assessor Siegmund Loewy. — Die Bezeichnung „Gefälligkeits-Unterschrift" hat sich im Verkehre völlig eingebürgert; dem Gesetze ist sie unbekannt, und es enthält dasselbe keine Angabe der Merkmale zur Konstruirung des Begriffs. Hieraus erklärt sich das in der Rechtsprechung bemerkbare Schwanken bei Entscheidung bezüglicher Rechtsverhältnisse. In Ansehung theoretischer Erörterung gebürt dem Verfasser das Verdienst der Iniziative. — Das Kriterium der „Gefälligkeits-Unterschrift" besteht in dem, der Unterschrift zu Grunde liegenden Vertrage (pactum de cambiando) zwischen dem Unterzeichner des Wechsels, als Aussteller, Acceptanten oder Indossanten, und dem Wechsel-Berechtigten, wonach ersterer eine Valuta nicht zu zahlen hat und berechtigt ist, von letzterem seiner Zeit Exnexuazion oder Sicherstellung zu verlangen. Demgemäß kann die Berufung darauf, daß die Unterschrift nur aus Gefälligkeit hergegeben sei, nur als Einwand vorgebracht werden, und dem dritten Wechsel-Inhaber gegenüber ist sie ganz unstatthaft. Das Rechtsverhältniß zwischen den Kontrahenten hat den Charakter des Kommissions-Geschäfts. — An diese Sätze anknüpfend, erläutert der Verfasser die rechtlichen Folgen, welche eintreten, wenn der Kommissionair (d. i. der Unterzeichner aus „Gefälligkeit") Zahlung aus dem Wechsel geleistet hat, oder wenn seine Zahlungs-Verpflichtung gegen den Dritten zufolge Konfusion erloschen ist, oder wenn er dieser Verpflichtung noch nicht genügt und von seinem Kontrahenten entweder Deckung erhalten oder nicht erhalten hat. Die gewonnenen Resultate werden sodann auf den Konkurs — und zwar auf die drei Fälle der Eröffnung desselben über das Vermögen des Kommittenten, oder des Kommissionairs, oder beider, angewandt. Wenn wir auch dem Verfasser nicht in allen Punkten und namentlich in der Annahme nicht beistimmen können: daß, da dem nicht gedeckten Kommissionair vor Einlösung des Wechsels ein bedingtes, eventuelles Forderungsrecht zusteht, dieses auch zur Kompensazion gegen einen Anspruch der Masse des Kommittenten qualifizirt sei — so erscheint uns doch die gründliche Ausführung von großem Interesse, insbesondere von unleugbarem Werthe für die Interpretazion der §§ 86. 87. u. 96. der Konk.-Ordng. Hervorgehoben zu werden verdient die scharfsinnige Widerlegung des von dem K. Ober-Trib. in dem Erkenntnisse vom 24. April 1860 (Striethorst's Archiv B. 30 S. 192 f.) aufgestellten, sehr wichtigen Rechtsgrundsatzes: daß der § 87 Abs. 3 ibid. keine Anwendung finde, wenn der Anspruch des einen Gemeinschuldners sich nicht auf das solidarische Haftbarkeits-Verhältniß mehrerer Wechsel-Verpflichteten, sondern auf ein besonderes Abkommen mit dem anderen Gemeinschuldner stützt, welchem gemäß dieser Wechsel aus Gefälligkeit acceptirt hat. Endlich ist der Einfluß des Accordes nach allen Seiten hin erörtert, und dabei sind die vielfach aufstoßenden Zweifel in überzeugender Weise gelöst.

Nicht geringere Anerkennung verdient der zweite Aufsatz. Es unterscheidet der Verfasser zwei Spezies von Mitunterschriften. Zu der einen rechnet er diejenigen Unterschriften, welche gleiche Wirkung haben, mögen sie als Alleinunterschriften oder in Gemeinschaft mit einer andern Unterschrift vorkommen. Hierhin gehören alle auf die Ausstellung des Wechsels Bezug habenden, sowie diejenigen Namens-Unterschriften, deren Träger bereits in eine gewisse, aus dem Wechsel selbst ersichtliche oder gesetzlich präsumirte Beziehung zu der Urkunde getreten (beispielsweise als Adressaten, Remittenten, Indossatare genannt) sind. Das unterscheidende Merkmal der zweiten Spezies wird darin gefunden, daß die Unterzeichner eben erst durch ihre Unterschrift in ein Verhältniß zu dem Wechsel getreten sind und daß ihre Unterschriften als Allein-Unterschriften nicht unbedingt von verbindlichen Folgen begleitet werden. — Auf diese letztere Art von Mitunterschriften beschränkt sich die weitere Ausführung. Nach umständlicherer Erörterung des Begriffs und der Natur solcher Mitunterschriften

Digitized by Google

wird deren Form und Bedeutung, die Qualität der hieraus originirenden Verbindlichkeit, der Umfang der Obligazionen und der Einfluß mehrerer Unterschriften auf einander, ferner die Frage: ob und welchen nachtheiligen Einfluß mehrere Mitunterschriften auf die Obliegenheiten des Wechselinhabers zur Wahrnehmung seiner Rechte äußern? sowie das Verhältniß der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten der Mitunterzeichner, und endlich die Bedeutung und Wirkung der Allein-Unterschrift in erschöpfender Weise behandelt. Von besonderem Interesse ist das letztgedachte Thema. Gegen die Praxis und namentlich gegen die Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofs vertheidigt der Verfasser den Satz: daß der Wirksamkeit des Allein-Accepts eines Dritten, sofern es sich als Accept auf dem Wechsel erkennbar mache, nichts im Wege stehe. Zur Begründung dieser Ansicht ist ausgeführt, daß die Prinzipien des Wechselrechts und ihre geschichtliche Entwickelung die Gegen-Ansicht nicht zu rechtfertigen vermöchten, daß jede Wechsel-Unterschrift nach Maaßgabe ihres Charakters — die Erkennbarkeit desselben aus dem Wechsel vorausgesetzt — vermöge der vis attractiva des Wechsels eine selbstständige Verpflichtung hervorbringe und daß insbesondere die Wirksamkeit des Accepts keineswegs durch die Existenz eines Mandats-Verhältnisses zwischen dem Acceptanten und Trassanten bedingt sei. In letzter Beziehung wird auf das Prokura-Accept, das Accept einer falschen und das Mit-Accept einer ächten Tratte verwiesen. — Bei Verfolg seiner Dedukzion gelangt der Verfasser zur gleichzeitigen Konstatirung des wichtigen Grundsatzes: daß das Ehren-Accept bei unterlassener Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten als gewöhnliches Accept zu behandeln sei. — Indem wir zum Schlusse die präzise Darstellung und logische Anordnung in beiden Abhandlungen rühmend anerkennen, vermögen wir jedoch den Wunsch nicht zu unterdrücken, der Herr Verfasser wolle darauf Bedacht nehmen, daß sein Bestreben nach größtmöglicher Kürze die Leichtigkeit des Verständnisses nicht beeinträchtige.

Hoffmann, A. G. R.

16.

Allgemeine Deutsche Strafrechtszeitung, herausgegeben von Dr. Franz von Holtzendorff. Erster Jahrgang. Leipzig 1861. Verlag von J. A. Barth.

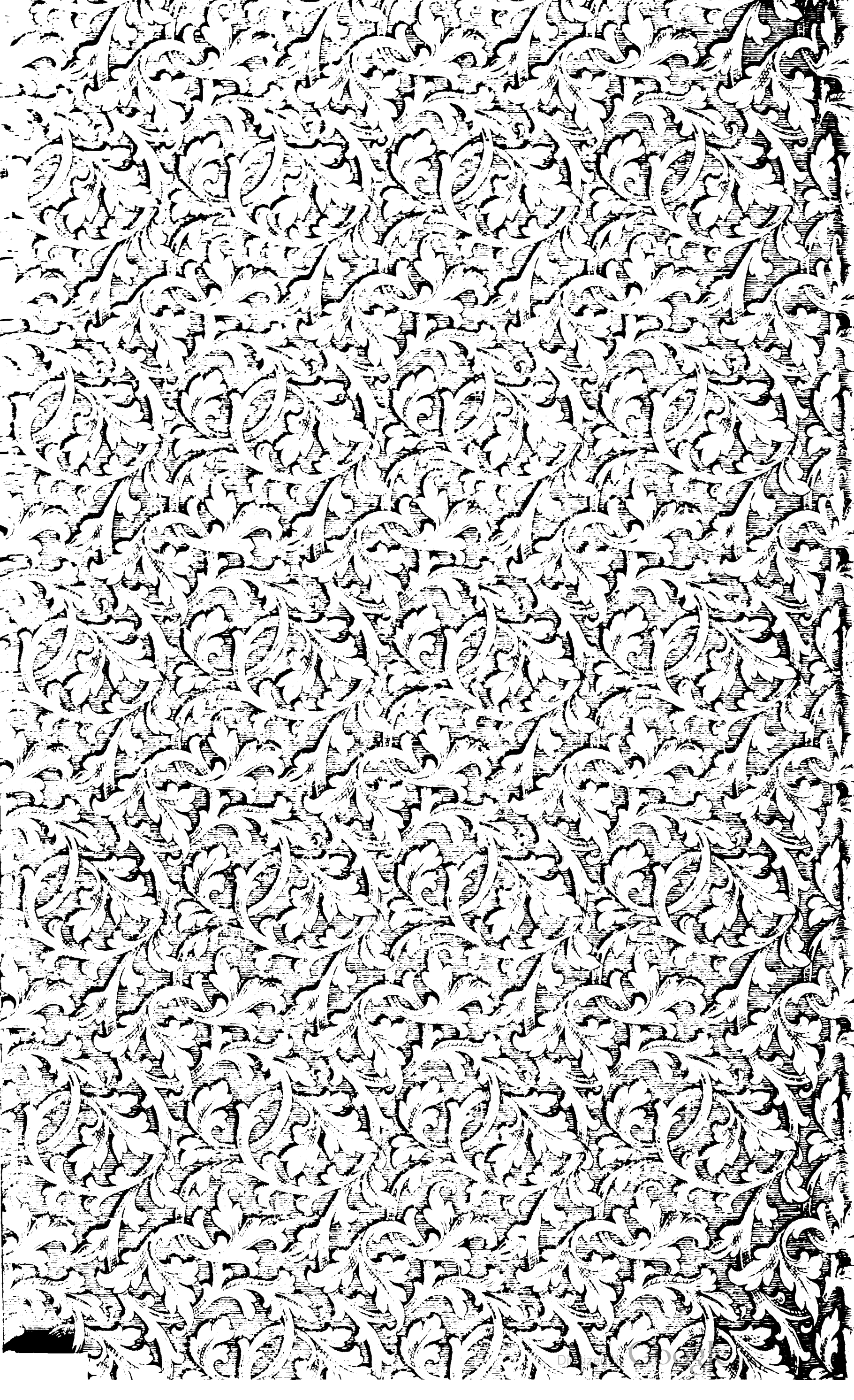
Zum Endziele ihres Strebens hat sich diese Zeitschrift die Förderung einheitlicher und gemeinsamer Strafrechts-Institutionen für Deutschland erwählt. Um die Aufgabe zu lösen, offerirte sie sich als einen Mittelpunkt für die geistigen Kräfte, welche innerhalb der einzelnen deutschen Länder auf dem Boden partikularer Gesetzgebung gleichen Anschauungen Geltung verschaffen wollen. Von engeren Schranken absehend, stellte der Prospekt eine außerordentliche Mannigfaltigkeit des Inhalts in Aussicht. — Die, durch den Namen des Herausgebers und der ständigen Mitarbeiter (Professor Dr. Berner, Kreisphysik. Dr. Boecker, Strafanstalts-Direktor Hoyer, Prof. Dr. Mittermaier, General-Staatsanwalt Dr. Schwarze) für die Gediegenheit des Unternehmens geleistete Bürgschaft, hat sich im Ersten Jahrgang vollständig bewährt. Unter den Rubriken „Strafrecht," „Strafprozeß," „Gefängnißwesen" und „strafgerichtliche Medizin" enthält derselbe eine lange Reihe von Aufsätzen, welche zum größeren Theile der obgedachten Tendenz entsprechen, und welche in ihrer Gesammtheit ein schätzbares Material der auf den bezeichneten Gebieten ausgeführten wissenschaftlichen Forschung und gesammelten Erfahrung liefern. Bei der Masse und Reichhaltigkeit des Stoffs und mit Rücksicht darauf, daß die „Beiträge" dem Zivil-Recht gewidmet sind, müssen wir uns nähere Mittheilungen versagen, zur Empfehlung der Zeitschrift aber noch bemerken, daß an jenem Verdienste (außer dem Herausgeber und den ständigen Mitarbeitern) noch Männer, wie Schwarck, Triest, v. Groß, Mittelstedt, Geßler, Lassalle, Sundelin, Friedreich u. A. Theil haben. — Eine fünfte Inhalts-Rubrik bilden „vermischte Rechtsfälle." Diese sind jedoch nur als ein Beiwerk von Unterhaltungs-Lektüre zu betrachten.

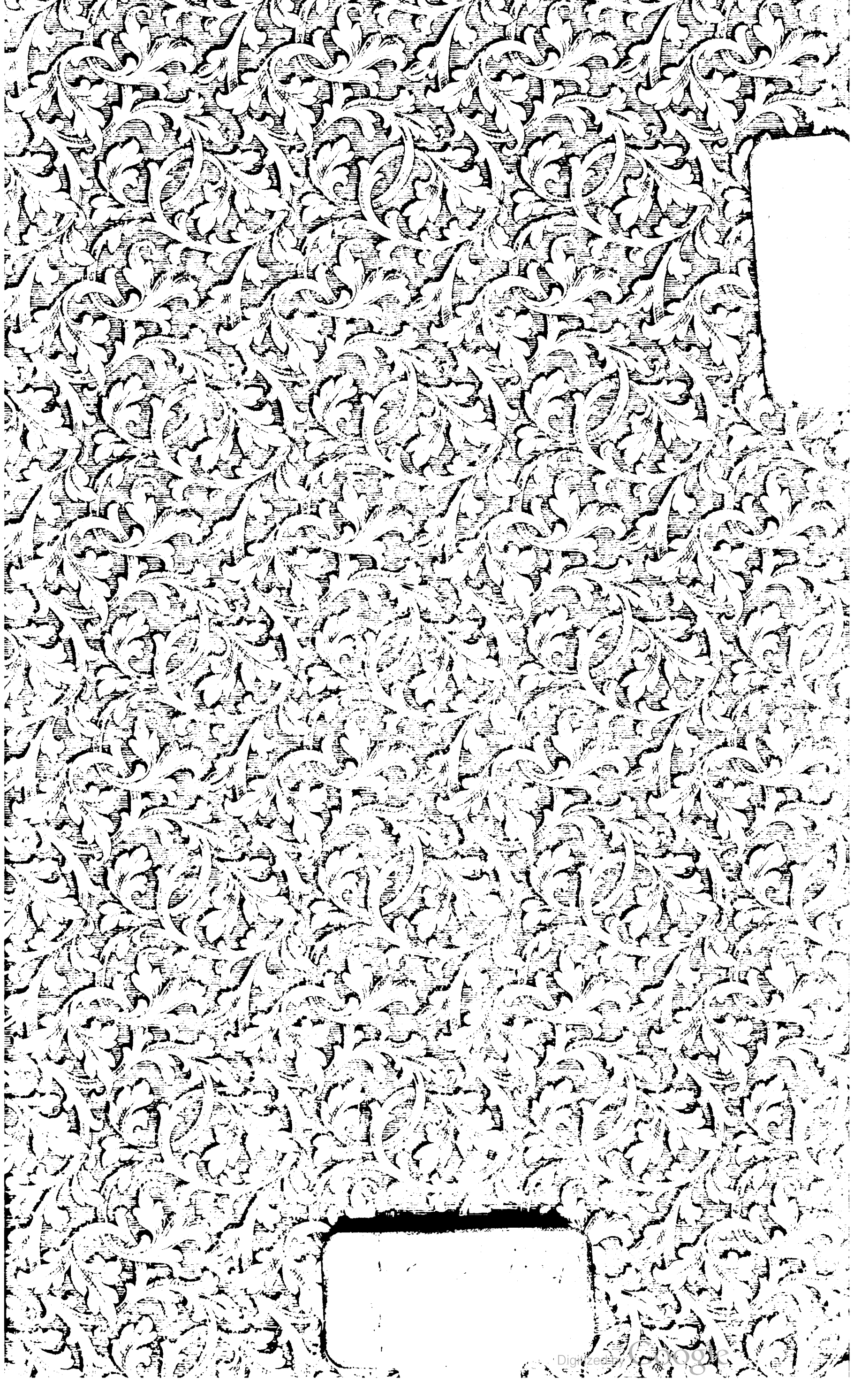
Hoffmann, A. G. R.

Druck der G. Grote'schen Buchdruckerei in Hamm.

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google



Digitized by Google

